

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DIREITO

PAULO ALVES PEREIRA JUNIOR

**CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E POLÍTICA CRIMINAL: Reflexões críticas à
luz do abolicionismo penal**

SANTA RITA

2019

PAULO ALVES PEREIRA JUNIOR

**CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E POLÍTICA CRIMINAL: Reflexões críticas à
luz do abolicionismo penal**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de Santa
Rita/PB do Departamento de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba,
como exigência parcial da obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas.**

**Orientador: Prof. Dr. Nelson Gomes de
Sant'Ana E Silva Junior**

**Co-orientadora: Profa. Ma. Rebecka
Wanderley Tannuss**

Santa Rita, 20 de setembro de 2019.

SANTA RITA

2019

Catálogo na publicação
Seção de Catálogo e Classificação

P436c Pereira Junior, Paulo Alves.

CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E POLÍTICA CRIMINAL:
Reflexões críticas à luz do abolicionismo penal / Paulo
Alves Pereira Junior. - João Pessoa, 2019.
72 f.

Orientação: Nelson Gomes de Sant'Ana Silva Junior.
Coorientação: Rebecka Wanderley Tannuss.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. LGBTfobia. Abolicionismo Penal. Política Criminal.
I. Silva Junior, Nelson Gomes de Sant'Ana. II. Tannuss,
Rebecka Wanderley. III. Título.

UFPB/CCJ

PAULO ALVES PEREIRA JUNIOR

CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E POLÍTICA CRIMINAL: Reflexões críticas à luz do abolicionismo penal.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita/PB do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Gomes de Sant'Ana E Silva Junior

Co-orientadora: Profa. Ma. Rebecka Wanderley Tannuss

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.Dr. Nelson Gomes de Sant'Ana Silva Junior (Orientador)
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Profa. Ma. Rebecka Wanderley Tannuss
(Co-orientadora)
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Prof. Me. Gênesis Jácome Vieira Cavalcanti
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

Profa. Dra. Luziana Ramalho Ribeiro
Universidade Federal da Paraíba (UFPB)

AGRADECIMENTOS

Essa jornada foi intensa, longa, e me fez crescer e amadurecer em todos os sentidos. Inicialmente, por toda ela agradeço a Deus, que me providenciou tudo aquilo que eu precisava para não desistir, que me ajudou em todas as circunstâncias. Agradeço imensamente a minha mãe, Patrícia, por todo suporte que me forneceu. Sem ela, eu não teria conseguido chegar até aqui. Agradeço, *in memoriam*, a meu pai, Paulo, que só depois de muito tempo passei a entender seus propósitos para minha vida, e que só cheguei até aqui também em virtude dele. Mesmo estando em outro plano, sei que me ajudou de lá. Agradeço, ainda, a minha irmã, Priscylla, que me apoiou e esteve do meu lado sempre que precisei, que me ajudou a passar por momentos significativos e emblemáticos nesses longos anos. Minha avó, Dona Valдите, meu avô, Seu Jerônimo, muito obrigado por tudo, pelos sorrisos a mim proporcionados e pelas ajudas também no decorrer desses anos na universidade.

Agradeço, cordialmente, aos meus prezados orientadores, Nelson Gomes e Rebecka Tannuss, por toda atenção e paciência que vocês tiveram no decorrer desse tempo de orientação, bem como no LAPSUS. A vocês e ao meu professor Roberto Efrem, tão querido e importante pra minha formação, agradeço pela dedicação que vocês tem com o ensino público e de qualidade.

Primordialmente, agradeço ao meu amigo-irmão Matheus Barbosa (Matt), que foi (e ainda é) tão especial pra mim nesses anos, que tanto me fez rir e tanto me prestou suporte em todos os sentidos. Às minhas amigas Roberta Maria (Beta), Tatiana Bandeira (Tati), Ana Paula (Aninha) agradeço imensamente por estarem do meu lado nessa caminhada, terem me ajudado e ouvido em incontáveis momentos. Vocês todos foram minha principal razão de ter a coragem de levantar às 5h30min da manhã, todos os dias, por quase 5 anos, e ir para o DCJ; tornaram menores as dificuldades enfrentadas no curso e facilitaram as durezas nele vividas. Depois de passar por muito sufoco, e também muita alegria, não tenho como esquecer de agradecer-los pela felicidade dos dias juntos. Renato Junior e Luiz Gonzaga, vocês dois foram um presente do DCJ (e da vida) pra mim, muito obrigado por tudo. Amo todos vocês.

Isabella Pessoa (Bela), Matheus Vicente, Thainá Nunes, Priscila Jéssica, agradeço pelo companheirismo. O DCJ ganhou mais vida com a presença de todos vocês. Murilo Cavalcante e Octávio Barbosa, que eu tive o prazer e a gratidão de conhecer, que bom que se fazem presentes e resistentes. Rebecca Moraes, Júlia Almeida, Ismael, Clara, impossível não esquecê-los; sou grato por ter lhes conhecido. A Ana Rozendo, Thiago Melo, Priscila

Cândido, Brenno Ricardo, sou grato pelos suportes diretos e indiretos na vida acadêmica e fora dela, bem como pela constância da amizade nesses anos - nada fáceis. Agradeço, por fim, mas não por menos importante, a Giovanni Queiroz, *in memoriam*, e a André Feitosa por toda ajuda a mim dispensada nessa trajetória acadêmica e da vida.

Enfim, obrigado a todos que contribuíram direta ou indiretamente nessa minha trajetória.

RESUMO

O público lésbico, bissexual, gay, e trans brasileiro se insere num contexto no qual visualizamos dados alarmantes de assassinatos em razão do preconceito e da discriminação, que levou ao estratosférico número de 445 mortes daquele público em 2017. Diante disso, uma via eleita por grande parte do movimento LGBT – amplamente apoiada e igualmente reclamada pela população simpatizante – para o combate a esse cenário é o da criminalização da LGBTfobia. Em resposta a esta demanda social, o supremo tribunal federal decidiu criminalizar tais condutas, prevendo a reclusão de até 5 anos. Em que pese a decisão do STF ser uma resposta à demanda dos movimentos sociais, há certa controvérsia diante disso, em função dos riscos que tal decisão pode ensejar no âmbito do sistema penal e social. Em assim sendo, o objetivo do trabalho é analisar as implicações da criminalização da LGBTfobia no âmbito do social e do sistema penal à luz da teoria do abolicionismo penal. Para tanto, o método utilizado foi o exploratório e bibliográfico, a partir do levantamento de trabalhos concernentes à temática. Partimos de uma análise da política criminal, da função da pena e do populismo penal para construir a base do trabalho e do problema de pesquisa, a fim de compreender a demanda por mais direito penal. Após, os problemas que giram em torno da criminalização da LGBTfobia foram interpretados à luz do abolicionismo penal. A conclusão a que chegamos é a de que o direito penal em nada tem a contribuir para a reparação do público-vítima, tendo em vista que o objetivo central do processo penal é a mera punição do transgressor, enquanto que a vítima assume o papel terciário, de figurante do roteiro processual penal. Dessa forma, num falso discurso de instrumento preventivo – sendo mais punitivo –, as narrativas dominantes do direito penal sustentam um estado de inconstitucionalidade, de modo que se configura mais como um multiplicador de problemas, ao invés de solucionador, sendo insuficiente, inadequado e representando um sistema obsoleto no combate à LGBTfobia.

Palavras Chave: Criminalização da LGBTfobia. Sistema Penal. Abolicionismo Penal. Populismo Penal.

ABSTRACT

The Brazilian lesbian, gay, bisexual and trans public is inserted in a context in which we view alarming data on deaths due to prejudice and discrimination, which led to the stratospheric number of 445 deaths of that public in 2017. Given this, a route elected by much of the LGBT movement - widely supported and equally claimed by the sympathetic population - to combat this scenario is the criminalization of LGBTphobia. In response to this social demand, the Federal Supreme Court ruled for the criminal classification of LGBTphobia, with a penalty of imprisonment of up to 5 years. Despite the fact that the STF's decision is a response to the social movement's demand, there is some controversy regarding this, due to the risks that such a decision may entail within the criminal and social system. Thus, the objective of this paper is to analyze the main implications of LGBTphobia's criminalization in the social and criminal system, in the light of criminal abolitionism's theory. Therefore, the method used was exploratory and bibliographic, from the survey of works related to the theme. We start from an analysis of criminal policy, the function of punishment and criminal populism, to build the basis of this work and the research's problem, in order to understand the demand for more criminal law. On the one hand, we'll understand the official and ideological discourses of the penal system and, on the other, we'll visualize their real and hidden functions. Afterwards, the problems surrounding the criminalization of LGBTphobia were interpreted in the light of criminal abolitionism. We note that the use of criminal law does not seem to be able to curb such practices, as they are deeply rooted in culture, so that criminalization rather than solving or mitigating a problem will rather deepen the imbroglios caused by the penal system, as well as reinvigorating its (i)legitimacy. The conclusion we have reached is that criminal law has nothing to contribute to the reparation of the victim public, given that the central objective of criminal proceedings is the mere punishment of the offender, while the victim assumes the tertiary role, extra of the criminal procedural script. Thus, in a false discourse of a preventive instrument - being more punitive - the dominant narratives of criminal law maintain a state of unconstitutionality, so that it is configured more as a multiplier of problems, rather than solver, being insufficient, inadequate and representing an obsolete system in the fight against LGBTphobia.

Keywords: LGBTphobia's Criminalization. Penal System. Penal Abolitionism. Penal Populism.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| CAPÍTULO 1 - Política Criminal e Populismo Penal | 15 |
| 1.1 Brevidades e perspectivas sobre as justificações filosóficas e sociológicas do direito penal..... | 15 |
| 1.2 Humanização da pena? | 16 |
| 1.3 Política Criminal | 17 |
| 1.4 A prática-discurso do populismo penal | 26 |
| CAPÍTULO 2 – As Contribuições da Teoria Abolicionista Penal | 31 |
| 2.1 As falhas e sequelas da justiça criminal e a necessidade de sua superação | 31 |
| 2.2 O Abolicionismo de Hulsman | 34 |
| 2.3 O Abolicionismo de Mathiesen | 41 |
| 2.4 O Abolicionismo de Nils Christie | 42 |
| 2.5 Prospectivas Abolicionistas | 43 |
| CAPÍTULO 3 – Os Problemas em Torno da Criminalização da LGBTfobia | 46 |
| 3.1 A violência LGBTfóbica e as reivindicações dos movimentos LGBTs | 46 |
| 3.2 Considerações acerca da criminalização da LGBTfobia pelo Supremo Tribunal Federal | 55 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 64 |
| REFERÊNCIAS | 67 |

INTRODUÇÃO

A população lésbica, gay, trans e bissexual brasileira é a que mais morre em razão do preconceito e da discriminação a nível mundial, culminando num contexto que faz esse público ter nada menos que 868 mortes dentro de oito anos (2008 a 2016), representando 39% do número total de mortes (que é de 2.190 a nível internacional), de acordo com o relatório da *ONG Transgender Europe*¹. Ainda sobre os números e a título de comparação, observa-se no relatório um número de morte que sai muito a frente do segundo país que mais mata, que é o México, com 259 mortes, seguido da Colômbia, com 109, todos no mesmo intervalo de 8 anos. O Grupo Gay da Bahia² (GGB), no relatório de 2018, contabilizou o total de 420 mortes de LGBTs naquele ano, incluindo-se tanto homicídios (320), quanto suicídios (100). Isso após atingir o número recorde de 445 mortes em 2017. Neste cenário, a criminalização da LGBTfobia vem sendo reivindicada pela população lesbo-homo-bi-transsexual e por defensores dos direitos humanos LGBTs para conter as agressões que assolam essa coletividade.

Os movimentos pela criminalização argumentam a necessidade de recorrer ao direito penal para coibir as referidas violências. Um dos argumentos levantados pela criminalização é o do uso estratégico do direito como movimento tático em uma conjuntura de retirada de direitos, tratando-se, portanto, de uma ação simbólica na tentativa de sobrevivência desse público; outrossim, levantam a possibilidade de que essa medida não será responsável por superencarcerar as prisões, tendo em vista que poderá incidir as políticas despenalizantes da transação penal ou do *sursis* processual e da pena. Sustentam ainda que, no momento, essa medida é necessária para a tutela da vida, integridade física e moral e da dignidade da pessoa humana, além de empoderar a pessoa LGBT, rompendo com a impunidade³. O Grupo Gay da Bahia, por sua vez, em seu relatório de mortes de pessoas LGBT de 2018, aponta como uma das soluções a “exigir que a Polícia e Justiça investiguem e punam com toda severidade os crimes homo/transfóbicos.”

¹ A Transgender Europe é uma ONG que atua no segmento LGBT e tem voz reconhecida na Europa e Asia-central, atuante em 44 países. Disponível em: <https://tgeu.org/about-us/>. acesso em: 19/04/2019.

² O Grupo Gay da Bahia é uma associação de defesa de direitos humanos LGBTs no Brasil, sendo a mais antiga do segmento, atuante desde 1983.

³ Trata-se de uma matéria realizada por Renan Quinalha na Revista Cult da UOL, que sustenta o porquê da necessidade de criminalização da LGBTfobia. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/lgbtfobia-criminalizacao/>. Acesso em 11/04/2019.

Como consequência deste contexto, foram propostas a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, pelo Partido Popular Socialista (PPS), e o Mandado de Injunção 4.733, pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, ambos em face do Congresso Nacional. Trata-se de instrumentos constitucionais que visam suprir lacuna legislativa ou omissão do poder público na legislação, no sentido de tipificar os crimes LGBTfobicos. Neste escopo, ainda requerem seja a lacuna legislativa suprida com a Lei 7.716 de 1989 (lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça e de cor), que prevê penas de reclusão de até 5 anos.

Em relação a esta política criminal, o poder estatal absorve a aclamação midiática e popular pelo enrijecimento penal, democratização dos crimes e consequente aprisionamento, inflando o sistema penal e revigorando sua legitimidade. Quer dizer, o poder público prefere lidar com as situações-problemas⁴ com o direito penal pura e simplesmente, encarcerando – e consequentemente superlotando as prisões –, ao invés de lidar com medidas preventivas ou restaurativas para as vítimas. Trata-se de um posicionamento que lida com todas as adversidades da (in)segurança pública com mais leis punitivas e “exemplares”.

Adentrando à análise do sistema penal e dos reflexos deste na sociedade, indo de encontro à tese do direito penal como solução para afastar a criminalidade e as condutas antijurídicas, observa-se que esta não logra o êxito condecorado. De forma contraditória, vislumbram-se índices crescentes de criminalidade, que não tendem a baixar; outrossim, verifica-se o alto número da taxa de criminalidade, bem como da reincidência.

Além dos problemas supramencionados, temos a crítica situação das prisões, que se encontram superlotadas e com ambientes insalubres. Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de 2017, tendo como base os anos de 1990 a 2017, o número de presos aumentou de 90 mil para 726 mil pessoas em 2017. Em julho de 2019, de acordo com o CNJ, chegamos ao alarmante número de cerca de 812 mil pessoas privadas de liberdade⁵. O INFOPEN (2019) ainda revela que, naquele intervalo de 1990 a 2017, a taxa de aprisionamento aumentou mais de 150%⁶.

⁴ Situação-problema é a forma como Louk Hulsman propõe nominar o crime, numa forma de desvencilhar aquelas condutas reprováveis do campo léxico do direito penal, visando a superação deste.

⁵ Número foi alcançado em julho de 2019, de acordo com o CNJ. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 24/08/2019.

⁶ Segundo o INFOPEN, “a taxa de aprisionamento é calculada pela razão entre o número total de pessoas privadas de liberdade e a quantidade populacional do país, a razão obtida é multiplicada por 100 mil. Entre os

Ressalte-se que cerca de 35,9% dos reclusos são por prisões provisórias⁷, ou seja, 4 em cada 10 presos sequer tiveram seus processos julgados, resultando em casos de espera de mais de dois anos para que tivesse a audiência de instrução e julgamento⁸. Como o ordenamento jurídico brasileiro não prevê um prazo máximo de prisão provisória, estas são estendidas e renovadas a torto e a direito pela autoridade judiciária como principal medida. A consequência deste cenário é o total de 197,4% da taxa de superlotação das cadeias, sendo que o parâmetro máximo fixado pelo Ministério da Justiça é 137,5%. A título de ilustração, segundo dados do CNJ, temos praticamente o dobro do número de presos por vaga, com o déficit total de cerca de 286.793 mil vagas. Ressalte-se ainda o perfil notadamente negro e pobre dessa população, pois ainda conforme o relatório do INFOPEN (2019), cerca de 64% da população carcerária é negra, bem como de baixa escolaridade, com 51% de encarcerados com ensino fundamental incompleto.

Outrossim, em oposição à ideia de que a ressocialização readequa o indivíduo à convivência em sociedade e reeduca suas “tendências” criminosas, cresce a taxa de reincidência, que segundo o IPEA (Instituto de Pesquisa Economica Aplicada 2015), gira em torno de 70%⁹ - de modo que 7 em cada 10 pessoas que foram presas (não necessariamente condenadas) devem retornar ao sistema prisional. A violência em si, por sua vez medida pela taxa de mortes violentas, é referida no relatório com o estratosférico número de 61 mil casos de homicídio em 2016, levantando a taxa de 30 mil mortes a cada 100 mil habitantes.

Neste contexto, muito embora estejam presentes indícios – quiçá evidências – da falência da função declarada do direito penal, este continua se sustentando e sendo empregado como instrumento de combate às referidas condutas antijurídicas. Trabalhamos com a problemática e contraditória afirmação de que o direito penal pode ser tomado como

anos de 2000 e 2017, a taxa de aprisionamento aumentou mais de 150% em todo país. Em junho de 2017, o Brasil registrou 349,78 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. (2019, p. 12).

⁷ Prisões provisórias são decretadas no decorrer da instrução processual ou antes dela, para garantir a aplicação da lei penal, ou para que não seja maculada a instrução probatória no caso do indiciado estar solto.

⁸ HC 315.396, julgado pelo STJ

⁹ São escassas as estatísticas que versam sobre a reincidência penitenciária no país. O próprio relatório do IPEA ressalta a ausência de dados atuais concretos sobre essa realidade, o que dificulta a precisão dos números. Diz o relatório, ainda, que “o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário divulgou em 2008 que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chegava a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação (UF). Entretanto, a CPI não produziu pesquisa que pudesse avaliar a veracidade deste número e baseou boa parte de suas conclusões nos dados informados pelos presídios.” Nesse nosso caso, tratam-se de números lançados em 2001 pelo Depen, a nível nacional. O conceito de reincidência penitenciária por eles utilizado leva em consideração presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional. Isso significa que os 70% abrangem tanto os novamente condenados (reincidentes), quando os reincidentes do sistema prisional que não necessariamente foram novamente condenados, mas que já tiveram passagem pela prisão. De todo modo, os números constantes do relatório são altos.

instrumento eficiente de combate às condutas antijurídicas. Sendo assim, no problema de pesquisa indagamos: Quais são as principais implicações da criminalização da LGBTfobia no âmbito social e no sistema penal?

Em sendo assim, temos como objetivo geral analisar as principais implicações da criminalização da LGBTfobia no âmbito do social e do sistema penal à luz da teoria do abolicionismo penal. E os específicos, discutir a política criminal e o populismo penal que semeiam o punitivismo; trazer as interpretações da teoria do abolicionismo penal para a análise do crime, da punição, das prisões e da ressocialização; analisar a criminalização da LGBTfobia sob a ótica do abolicionismo penal.

A metodologia adotada será a bibliográfica, com levantamento de livros e trabalhos científicos sobre o tema, tais como dissertações, teses e artigos pertinentes. O tipo de pesquisa será exploratório, buscando entender o objeto da pesquisa de maneira aprofundada, fornecendo um panorama geral sobre a questão criminal; familiarizando-nos sobre o contexto prisional inócuo, infértil e ilegítimo quanto às suas finalidades. Buscamos entender a função (ideológica) da pena, trouxemos dados relevantes e interpretações científicas sobre ela, entendendo seu real significado, e como ela não contribui para a solução da criminalidade. Assim, compreendemos como o fenômeno da criminalização de condutas LGBTfóbicas traz impactos negativos à sociedade, trazendo à tona um cenário crítico da utilização da justiça criminal, seus significados e impactos. Isso sempre à luz da corrente teórica do abolicionismo penal. O método de abordagem foi o dedutivo, partindo de uma discussão mais ampla e crítica acerca do sistema penal e suas implicações na sociedade, para uma mais específica, que é a criminalização da conduta LGBTfóbica, compreendendo de forma aprofundada esse processo de criminalização.

No primeiro capítulo, entenderemos a função do direito penal e da política criminal, compreendendo, de um lado, o discurso ideológico dominante sustentado pelo Estado (da ressocialização e da pena), e, do outro, compreendendo os seus reais significados e impactos concretos na vida dos seus alvos. Trabalharemos, outrossim, com o conceito de populismo penal e como seu discurso-prática pesa na realidade em que vivemos, como ele demanda do Estado a intensificação e ampliação desmedida do direito penal. Entenderemos que o punitivismo não tem origem apenas teórica ou jurídica, mas, sobretudo, populista e cultural; com o apoio (e influência) do povo, o sustento do punitivismo é um problema que merece ser destacado.

No segundo, adentraremos às interpretações que a corrente teórica do abolicionismo penal traz para a compreensão da função real da pena, da prisão, da ressocialização e do direito penal. Constatando as falhas de um sistema natimorto, captando as máximas abolicionistas, pensaremos no sistema penal mais como um (re)produtor de males na sociedade do que como solucionador deles, que traz mais o mal do que bem-estar ou segurança social; identificaremos os porquês de sua incapacidade em lidar com a criminalidade e com o criminoso.

Finalmente, no terceiro capítulo compreenderemos em que consiste uma violência LGBTfóbica (analisando de forma muito breve alguns de seus conceitos), e como grande parte do movimento LGBT reclama o direito penal para salvaguardar e proteger a integridade física, moral e vital das vítimas. Nesta oportunidade, trabalharemos com as evidências de como a criminalização da LGBTfobia e a utilização do sistema penal não trarão resultados positivos para a sociedade, não trará justiça para o público-vítima, tampouco irá ressocializar ou reeducar a pessoa LGBTfóbica.

CAPÍTULO 1 - Política Criminal e Populismo Penal

1.1 Brevidades e perspectivas sobre as justificações filosóficas e sociológicas do direito penal

No presente capítulo abordaremos dois assuntos importantes para este trabalho, que é o populismo penal e a política criminal, sendo ambos forjadas pelo público e pelo Estado no combate à criminalidade, com discursos que giram em torno do punitivismo. Observamos, adiante, em que consiste cada conceito e quais suas contribuições para compreender o sistema penal.

Inicialmente, mister contextualizar o tema deste trabalho. Para tanto, buscamos expor, de forma sucinta, as interpretações da teoria penal clássica sobre o direito penal moderno e a função da pena, com origens no século XVIII e XIX. Isso a partir de pensadores como Cesare Beccaria e Claus Roxin, além das contemporâneas interpretações de Foucault.

Na seara da justificação filosófico-jurídica da pena, é na obra *Dos delitos e Das Penas* (século dezoito) que Cesare Beccaria¹⁰, corroborando as teorias contratualistas¹¹, diz que o fundamento do direito de punir surge da necessidade de proteção das liberdades individuais, depositadas pelo povo em um soberano, para que esse último proteja aqueles (BECCARIA, 2001, p. 28). Adotando a teoria do contrato social, ora feito pelo povo com seu soberano, Beccaria (2001) aduz que a punição surge para aqueles que violam o referido contrato, pois põe em risco a harmonia social. Liberal que é, tal teoria pressupõe que o indivíduo escolhe a transgressão por livre vontade.

O pensamento de Beccaria surge num contexto em que as punições eram sangrentas e incidiam em forma de suplício¹² sobre os corpos dos transgressores, sendo comuns as penas de morte, prisão perpétua, tortura em praça pública e outras penas que violavam direitos fundamentais. De acordo com o pensamento do referido autor, esse caráter irracional e vingativo da punição sobre o corpo supliciado do transgressor deveria ser afastada. Ele passa a propor uma penalização “científica”, excluindo a arbitrariedade do Estado e respeitando estritamente as normas penais previamente elaboradas, bem como os direitos individuais.

¹⁰ Cesare Beccaria (1738-1794) é um grande pensador da teoria clássica do direito penal. Iluminista que é, traz contribuições desses valores e princípios para a teoria penal.

¹¹ As teorias contratualistas foram pensadas no iluminismo por autores como Locke, Hobbes e Rousseau, que pregavam que o Estado de Direito é fruto de um pacto realizado entre todos para sair de um estado constante de guerra. Neste pacto, realizado por cada um com cada um, deposita-se parte das suas liberdades num soberano único, capaz de governa-los e de proteger suas vidas e seus bens, saindo daquele estado de guerra.

¹² Suplícios eram os castigos em público dos delinquentes, em torno do século XV, como forma de punição pelos crimes.

Com efeito, Beccaria em muito contribuiu para a teoria clássica penal, tendo seu pensamento reverberado na elaboração das teorias e códigos penais de diversos países a partir do século XVIII.

Em que pese sua importância para a teoria penal clássica, imperioso frisar as observações do pensamento de Foucault (séculos mais tarde) acerca dos “reformadores” do direito penal – dentro dos quais Beccaria se inclui –, expondo o caráter falseado da suposta humanização da pena proposta pelos ditos reformadores. Ele (Foucault) diz que, na verdade, o que ocorreu foi um “afinamento das práticas punitivas” (FOUCAULT, 2010, p. 75), inserindo “mais profundamente no corpo social o poder de punir”, ainda severo.

Já no sec. XX, a teoria penal moderna trouxe contribuições que estão presentes, inclusive, no código penal brasileiro, sobretudo o aspecto de prevenção e reprovação do crime. Luiz Gazoto diz que, de acordo com Roxin (1997), a pena previne a incidência no crime e ela deve cumprir três fins: *a)* o aprendizado, por razões sociopedagógicas, *b)* a confiança no direito, como guardador dos bens jurídicos, e *c)* a pacificação social. Essas justificativas clássicas da pena foram esculpidas no artigo 59 do Código Penal brasileiro:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime [...]

Outras teorias foram propostas, mas elas se apresentavam como desdobramentos da ideia principal da retribuição e prevenção.

1.2 Humanização da pena?

No século dezessete, segundo Foucault (2001), a pena-castigo representava o poder de punir do soberano sobre o corpo do delinquente. No entanto, na chegada do século XVIII, com o iluminismo e a valorização da dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais que o Estado não podia violar, acontece o que Foucault chama de “tecnologia da pena”, ideia que expressa o investimento nos significados, efeitos, técnicas ajustadas, a duração e os cálculos da pena. Ocorre um aperfeiçoamento da punição em si, um aprimoramento do propósito e da função da pena, de modo que não mais seja descartado o corpo e a vida do delinquente, mas sejam esses apropriados pelo Estado e reaproveitados, seja para o trabalho, seja para tornar submisso e obediente aquele corpo.

O antigo suplício (sangrento, torturante e que levava à morte) dá lugar a uma pena supostamente “humanizada”, em um primeiro olhar. Porém, guarda em si, segundo Foucault, não a diminuição da punição, mas seu aperfeiçoamento, que por mais que atenuar o sofrimento, é ainda sim severa (FOUCAULT, 1975). Sobre as ideias clássicas acerca das punições, Foucault afirma que a “arte de punir repousa sobre toda uma tecnologia da representação” (1975, p. 100), pois se pensava uma forma de fazer com que “a representação da pena e de suas desvantagens seja mais viva que a do crime com seus prazeres”. Isto é, os pensadores da teoria penal defendiam que a pena devesse significar algo com tamanha “desvantagem e desprazer” que incorresse na desistência da prática do delito.

Ao concretizar a pena sobre o corpo, o Estado produz com abundância e evidência seu poder punitivo de modo a, mais que retribuir um castigo pela quebra do pacto social, tornar o sujeito útil, submisso, dócil, obediente a hábitos, regras e ordens de “uma autoridade que se exerce continuamente sobre ele e em torno dele” (FOUCAULT, 1975, p. 124 e 125). Todavia, surge uma inquietação: a quem serviria a docilidade, utilidade e a obediência do delinquente? Se o que observamos é um investimento em cima da punição – ao invés do suplício seguido de morte –, qual a nova finalidade dela? A resposta se encontra no contexto em que surgiram as reformas penais: na ascensão do capitalismo. Esta suposta humanização tem por finalidade, segundo Foucault, interesses capitalistas, de forma que – em tese – dociliza os corpos para torná-los úteis ao mercado.

Em verdade, antes mesmo das reformas penais, a pena-morte começava a ser criticada, em favor de uma pena utilitarista. Constatam George Rusche e Otto Kirchheimer (2004, p. 43) que no século XVI, os métodos de punição já passavam a explorar o trabalho compulsório dos prisioneiros, para atender interesses do mercado (2004, p. 43). Assim, “essas mudanças [reformas penais] não resultaram de considerações humanitárias, mas de um certo desenvolvimento econômico que revelava o valor potencial de uma massa de material humano completamente à disposição das autoridades”, ou seja, a humanização da pena não passava de um reaproveitamento econômico do corpo condenado.

1.3 Política Criminal

Como visto, a pena funciona – em tese – como instituto de prevenção e combate ao crime, sendo resultado da política criminal adotada pelo Estado. Em poucas palavras, segundo Guingani (2010, p. 06), essa política exsurge na forma de administração da criminalidade,

como uma “estratégia concreta de controle da criminalidade” elaborada pelo Estado. Para tanto, o poder público adota como medida para combater a criminalidade as penas de restrição de direitos, restritivas de liberdade (sendo esta medida de excelência), ou outra pena alternativa.

Neste sentido, segundo Guingani (2010, p. 06), é usando e aplicando o direito penal que o juiz consolida a política criminal no caso concreto, de modo que quanto mais se criminalizam condutas, mais se pune, mais se expande o sistema penal e as prisões. Com efeito, neste ciclo vicioso e infundável da lógica penal, falar sobre política criminal é falar necessariamente sobre a “expansão do direito penal” (JAKOBS; MELIA, 2005, p. 55).

A política penal que será administrada pelo juiz/Estado no controle da delinquência visa a “neutralização” da conduta delituosa e objetiva a ressocialização do delinquente – ao menos em tese. Nesse sentido, conforme Foucault (2001), executa-se uma “técnica corretiva” sobre o sujeito, como diretriz político-criminal, de modo que o sujeito é visto como a personificação do crime e deve ser sobre ele que a pena deve se voltar. Com efeito, notamos que essa técnica não costuma surtir efeitos positivos no sujeito nem na sociedade, restando incoerente o tratamento de combate à criminalidade.

Gazoto (2010, p. 285) constata que no relatório de pesquisa do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, não se encontram “nem na câmara, nem no senado, nenhum projeto que tenha por escopo a implementação de uma política criminal consistente, com objetivos claros e com mecanismos que possibilitem a avaliação de seu funcionamento”. Quer dizer, sem que haja propósitos produtivos e positivos na política criminal, permanece a pura e simples reprodução da pena como instrumento de combate ao crime.

O projeto político-criminal observado na Constituição de 1988 – no código penal e processual penal -, de acordo com Daniel Fernandes (2015), guarda em si um “modelo de estado penal repressivo”, pois temos um padrão inspirado por “um contexto de influência dos movimentos internacionais de *lei e ordem*, de guerra às drogas” (FERNANDES, 2015, p. 105).

Há que mencionar, portanto, as políticas criminais dos Estados Unidos que foram importadas pelo sistema penal nacional no sentido de combater a criminalidade no país. Em 1975, em busca de entender a crescente criminalidade nos EUA, James Wilson e George Kelling propuseram a *teoria das janelas quebradas*, ideia que resultou na política da *tolerância zero*. Trata-se de uma teoria que vê o crescimento da criminalidade como sendo

fruto da impunidade Estatal, de modo que todo e qualquer crime, por menor que seja, deve ser duramente penalizado com o objetivo de evitar uma bola de neve:

a polícia e a sociedade nos bairros, defendiam, com veemência, a necessidade de punir mesmo as menores incivildades de rua, uma vez que estas representariam o ponto de partida de uma deterioração maior nos bairros. Os autores usavam como exemplo a metáfora das janelas quebradas: se uma janela de um edifício está quebrada e se ela não é consertada, as demais janelas em pouco tempo estarão quebradas também, porque uma janela sem conserto é sinal de que ninguém se preocupa com ela e, portanto, quebrar as demais janelas não teria custo algum. Um edifício com todas as janelas quebradas traduz a ideia de que ninguém se importa com o que acontece nas ruas e logo outros edifícios estarão danificados. Isso terá efeitos negativos, pois só os jovens, os criminosos ou os temerários mantêm alguma atividade numa avenida sem proteção, e, por conseguinte, cada vez mais cidadãos abandonarão a rua. Com essa explicação, Wilson e Kelling deixam claro quem eles consideram como cidadãos (Anitua, 2008. p. 783-784).

Com essa formulação em mãos, foi desenvolvida a política criminal da *tolerância zero* pelo prefeito de Nova Iorque (EUA), Rudolph Giuliani, política essa que foi importada por outros países, inclusive o Brasil. Essa política representava um “combate severo a todo ato ou indivíduo definido como criminoso, visando principalmente aos chamados crimes de rua, ou seja, as infrações praticadas pela classe perseguida de sempre” (LEAL; PESSOA, 2017, p. 197). Segundo Leal e Pessoa, essa política conseguiu segurar os índices de criminalidade na cidade de Nova Iorque, mas em contraponto impulsionou as taxas de encarceramento, multiplicando as prisões. Com efeito, cabe lembrar que essa proposta foi “comprada pelo Brasil, ao contratá-lo [o ex-prefeito de NY, Giuliani] por intermédio do governo do Rio de Janeiro como consultor de segurança pública para o período de 2012-2016”, o que coincidiu com o período que precedeu os megaeventos da Copa do Mundo e Jogos Olímpicos (LEAL; PESSOA, 2017, p. 198), época com manifestações e grande repressão policial, como sabido.

Outra abordagem do crime foi objeto da *teoria da prevenção situacional*¹³. Pessoa e Leal (2017) dizem que essa teoria vê o crime “como resultado de um cálculo mental e utilitário do indivíduo detentor de livre-arbítrio, em um claro resgate do (neo)classicismo” (LEAL; PESSOA, 2017, p. 198). Neoclassicismo esse que recupera as ideias centrais do liberalismo clássico e da criminologia positivista para dizer que, basicamente, o crime é resultado de uma escolha do transgressor, que tem tendências ao crime. Nesse sentido,

¹³ A teoria da prevenção situacional surgiu na década de 70, mais precisamente nos Estados Unidos e na Inglaterra, como modelos pensados para combater o crime.

a teoria da prevenção situacional da delinquência tem como ponto de partida a ideia de que o delito é mais produto de uma decisão racional (*rational choice*) do sujeito que consequência de uma personalidade perturbada por déficits biológicos, psicológicos ou sociais, como propugnam as teorias criminologias tradicionais. Assim, a causa do crime seria uma escolha racional do agente delinquente, o qual opta não só por delinquir, mas também pela melhor forma de fazê-lo. (FELETTI, Vanessa, 2014, p. 121).

O que se observa nessa teoria é o fortalecimento do “direito penal do inimigo”, comungado com o pensamento liberal clássico de que o caminho do crime é uma escolha racional e deliberada. Isto é, observamos processo da personificação do crime numa pessoa “má”, passível de eliminação ou exclusão, o que resulta na expansão do direito penal. O criminoso – normalmente com o perfil negro, pobre e morador de favela - é alguém perigoso e distinto do cidadão comum, e cujos direitos podem – e devem - ser suprimidos em razão do bem estar social, pois a lógica é a de que se eliminando o delinquente, por conseguinte se diminui a criminalidade.

Para além das influências político-criminais internacionais no Brasil, nosso sistema penal também apresenta fortes resquícios do período escravocrata – considerando o público majoritariamente negro e pobre presente nele -, e também do ditatorial-militar. Sobre isso, Fernandes, em menção a Malaguti, aponta “que se manteve intacta a estrutura de controle social e que, após a [re]abertura democrática, a ideologia do extermínio é muito mais massiva e está mais introjetada do que no período ditatorial” (FERNANDES, 2015, p. 116). Exemplo disso são os abusos de autoridade e a violência gratuita sistematicamente praticados pela Polícia Militar(izada); ressalte-se: com os velhos perseguidos de sempre, aqueles de cor negra, pobre e que moram na favela. Casos que vão da abordagem truculenta até o genocídio da população negra pelo Estado policial, não por coincidência, são herança dos mencionados períodos escravocrata e ditatorial-militar. Apesar de extremamente pertinente e de possuir grande ligação com este trabalho, o assunto não terá aqui a dedicação que merece.

Neste contexto, o paradigma da política criminal brasileira para responder ao crime é a imediata repressão por meio da polícia, do cárcere e do aumento das penas. Há, portanto, um endurecimento da legislação penal e da prática repressiva, como a emblemática Lei dos Crimes Hediondos¹⁴ (dos anos 90), filha do período subsequente ao ditatorial-militar. Ela prevê aumento de penas e a rigorosidade para se progredir de regime:

Art. 2º - a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto § 1o A pena por crime

14 Crimes hediondos (Lei 8072/90) são considerados pela sua extrema gravidade, devendo receber um tratamento diferenciado – e portanto mais duro – pela lei penal.

previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado; § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente; § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Lei 8.071/90.

Sobre essa legislação que pretende aumentar as penas e (em tese) diminuir os crimes, foi realizado um estudo em 2005, pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD/Brasil), para analisar os resultados produzidos pela Lei de Crimes Hediondos. De acordo com Gazoto (2010, p. 37), as conclusões desse estudo refutam e desconstruem a tese e o objetivo que fundamentaram a lei:

- 1) A ausência de dados foi um obstáculo bastante grande à execução do seu projeto e isso se deve exatamente a forma a partir da qual a lei foi construída, partindo de **apelos imediatistas e não de um estudo sério acerca da sua necessidade ou adequação;**
- 2) **Não há como relacionar positivamente a edição da lei ao comportamento subsequente dos índices criminais;**
- 3) **Não se verifica, na maioria dos crimes, redução nos índices** após a edição da lei, o que, por si, já indicaria sua inocuidade;
- 4) A percepção gera dos presos entrevistados foi no sentido de que a **Lei não inibe a prática de crimes;**
- 5) **Ainda que o criminoso tenha consciência do processo de endurecimento penal, isto não foi fator eficaz na inibição da prática criminosa;**
- 6) Do ponto de vista prisional, **o aumento na população carcerária se deu, no Brasil e em São Paulo, a partir dos anos 1990, período que coincide com a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos,** em suas duas edições;
- 7) É possível afirmar que **o endurecimento penal não interferiu na criminalidade registrada, mas concorreu para o agravamento da superpopulação prisional.** (grifos nossos)

O poder público computa penas maiores para os crimes de alto potencial ofensivo com o intuito de combatê-los, mas não há redução da criminalidade, nem inibição das práticas dos crimes. A análise que se tem do recrudescimento penal – e do encarceramento – a partir da Lei dos Crimes Hediondos é a da sua ineficiência no combate à criminalidade, mas que cumpre com seu objetivo de encarcerar a população negra e pobre.

Para lidar reprimir a criminalidade de forma individualizada, diz Foucault que modelos anglo-saxões de punição utilizam “processos para singularizar a pena: sua duração natureza, intensidade ou a maneira como se desenrola, o castigo deve ser ajustado ao caráter individual, e ao que este comporta de perigo para os outros” (1975, p 123). Apesar da ineficiência da função declarada, é dessa forma que o Estado pretende controlar o crime: aperfeiçoando e enrijecendo a técnica punitiva. Com a pena, o criminoso, por sua vez, tem marcado em seu corpo o poder do Estado, como consequência inevitável do crime. Como

medida – de praxe – de combate à criminalidade, a instituição prisional é uma política que exclui/elimina o indivíduo infrator do seu convívio social, intervindo sobre seu corpo técnicas de “reeducação” e docilização que, em tese, pretendem reintegrá-lo.

Quando falamos sobre política criminal, inevitável é falar sobre o encarceramento, por ser à medida que, de longe, gera mais efeitos negativos tanto no apenado quanto na sociedade. Isso porque, apesar da existência de outras formas alternativas - cautelatórias ou penais - previstas na legislação penal, é o aprisionamento que de praxe se impõe pela autoridade judiciária, antecipando - a, inclusive, para antes da sentença condenatória, ou até mesmo antes da própria ação penal – a prisão preventiva/temporária.

Neste sentido, para a aplicação da prisão preventiva é suficiente indícios da autoria e materialidade, além da periculosidade que o infrator representa para a ordem pública e para o decorrer da instrução processual¹⁵. Prevê o código processual penal brasileiro, em seu art. 312, que “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

Diante desses comandos processuais para decretação da prisão do transgressor, temos como resultado a superlotação das prisões. O sistema penal nacional ostenta o monstruoso número de 35,9% - de um total de mais de 726 mil (INFOPEN, 2019¹⁶) – presos provisórios, promovendo a extrapolação do número de vagas. Com efeito, observamos a sintomática violação do princípio da presunção de inocência esculpido na Constituição Federal, oriundo do Tratado de Direitos Humanos do Pacto de São José da Costa Rica¹⁷. Este princípio prega o pressuposto de que o indiciado e/ou o acusado no processo penal é inocente dos fatos que lhe são imputados, até que se prove sua culpabilidade e haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Com efeito, a taxa de ocupação das prisões brasileiras chega a nada menos que 171,62%, conforme dados do INFOPEN de 2019¹⁸. Essa superlotação resulta no déficit de mais de 303 mil vagas, o comportamento de presos no cárcere é absolutamente incompatível com o número de vagas que suporta, sendo igualmente conflitante com o princípio da dignidade da

¹⁵ Ou seja, se o indivíduo representar perigo para a sociedade ou para a instrução probatória do processo – caso haja o risco de ele macular ou destruir provas – o juiz pode decretar sua prisão.

¹⁶ Dados referentes ao ano de 2017.

¹⁷ Também chamado de Convenção Americana de Direitos Humanos, esse foi um tratado internacional entre países da Organização dos Estados Americanos sobre direitos humanos, realizada em 1969 e abraçada pelo ordenamento jurídico pátrio.

¹⁸ Apesar de o relatório ser de 2019, tratam-se de números de junho 2017.

pessoa humana a convivência do dobro de número de presos que uma cela da cadeia pode suportar.

No mesmo levantamento feito pelo INFOPEN (2019), entre os anos 2000 e 2017, verificou-se que a taxa de aprisionamento cresceu cerca de 150%. Quer dizer, em 2000 observou-se a existência de 137 presos a cada 100 mil habitantes; em 2017, o número era de quase 350 pessoas presas a cada 100 mil.

Neste contexto, a situação das prisões promove constantes violações a direitos humanos. No sistema prisional, vivencia-se o que o Supremo Tribunal Federal chamou de “estado de coisas inconstitucional”¹⁹, referindo-se à insalubridade e a situação degradante, dizem que as penas se tornam cruéis, ferem os direitos, a higidez física e a integridade psíquica do aprisionado.

Este cenário do ambiente prisional passa longe da proposta ressocializadora do Estado, que seria o objetivo último da pena. Sobre isso, observamos uma forte influência da criminologia positivista sobre a tese da ressocialização, que trabalha em cima do “delinquente” e de suas tendências bio-psicológicas ao crime. A ideia defendida é a de que a ressocialização é um efetivo projeto que reeduca o apenado, o readequa e inculca na mente dele os valores da sociedade e as regras que devem ser seguidas.

A ideia da ressocialização partiu de Cesare Lombroso, em sua obra *O Homem Delinquente* (1876). Lombroso (2007) aduziu que são os fatores biológicos e sociais que determinam e condicionam a delinquência do “criminoso”, e que se devem ser corrigidos tais aspectos, visando sua reeducação e retirada dele da delinquência. Nesse sentido, propôs o projeto da reeducação – também chamada de ressocialização. Além dele, mais tarde na sociologia, Durkheim (1978), “(re)socializar é sinônimo de (re)educar”, ao passo que “suscita e desenvolve na pessoa estados morais reclamados pela sociedade política no seu conjunto” (DURKHEIM, 1978, p. 10). Isto é dizer que o sujeito passa por um processo de (re)aprendizado de regras e valores éticos da sociedade, como vistas a sua transformação e posterior reintegração ao meio social. A ressocialização atua como uma “ação pedagógica” destinada a tratar o indivíduo que “foi socializado em um conjunto de valores ilegais (do mundo do crime)” (JULIÃO, 2009, p. 72).

Portanto, além da ideia da retribuição e reprovação (marcadas por traços de um verdadeiro castigo) sobrepõe-se, em tese, a recuperação e reeducação do indivíduo

19 ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015. (ADPF-347). Trata-se de uma decisão na qual o referido Ministro discorreu que o sistema prisional viola, constantemente, direitos fundamentais esculpidos na Constituição Federal.

transgressor. Nesse sentido, a Lei de Execução Penal (1984), por sua vez, tem como política “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” na sociedade (art. 1º da Lei de Execução Penal). Em tese, na ressocialização do apenado promove-se uma série de regras a serem executadas para que haja a reintegração adequada do condenado no corpo social.

Portanto, os olhos se voltam para a pessoa do “criminoso”, fazendo com que ele seja visto como a criminalidade personificada, e que por isso merece ser combatido e punido pela polícia/Estado, enquanto as causas ou os contextos sociais do crime, por suas vezes, são completamente apartados e alienados, seja deliberada ou ingenuamente.

No entanto, à primeira vista, surgem incongruências que maculam e contestam o pressuposto ressocializador: como, afinal, reintegrar à sociedade um indivíduo que em tese está excluído do convívio social? Isso porque, vejamos, não é normal que seja uma pessoa branca, com ensino superior e que possui oportunidades de trabalho esteja na prisão. São indivíduos que já sofreram anterior exclusão social, pois o perfil do preso é, em sua maioria, negro, pobre, morador da periferia e de pouca (ou nenhuma) educação. Trata-se de excluídos dentre os excluídos, de modo que essa dupla exclusão só piora os problemas sofridos por esse público.

Baratta (1990, p. 3) reitera que “não se pode segregar as pessoas e, ao mesmo tempo, pretender sua reintegração”. O programa ressocializador da Lei de Execução Penal apesar de fomentar o acesso à educação e ao trabalho – que não acontece na prática – segundo Alessandro Baratta, surge como uma falácia. Isto é, em tese, a pena deve auferir um resultado útil tanto para a sociedade quanto para o apenado. No entanto, os resultados que se observam demonstram um instituto que representa alto custo tanto na vida do apenado (em todos os seus aspectos), quanto para o próprio Estado. Nas palavras de Baratta,

tratamento e ressocialização pressupõem uma postura passiva do detento e uma positiva das instituições: são heranças anacrônicas da velha criminologia positivista, que tinha o condenado como um indivíduo anormal e inferior que precisava ser (re)adaptado à sociedade, considerando [...] esta como “boa” e aquele como “mau”. (BARATTA, 1990, p. 3)

Quer dizer, a velha criminologia positivista pensava que o criminoso era um sujeito patológico e anormal, e que sua condição precisava passar por um processo de readaptação e reeducação. As marcas desta teoria, por sua vez, estão muito presentes no sistema penal codificado. Contribuindo para o estudo das causas e fatores da criminalidade (bem como para

a história da disciplina), segundo Baratta, a criminologia positivista deu ênfase aos fatores biológicos e psicológicos do sujeito transgressor, individualizando “as medidas adequadas para removê-los, intervindo sobretudo no sujeito criminoso (correcionalismo), permanece dominante dentro da sociologia criminal contemporânea.” (BARATTA, 2011, p. 30). No entanto, a crítica de Baratta é que a reintegração deveria pressupor um liame de comunicação e interação entre a instituição aprisionadora e a sociedade, não sua exclusão social.

Pelo panorama analisado, o contexto prisional não se mostra propício nem estimulante à finalidade reintegradora. A política criminal da ressocialização é marcada por incongruências como a alta taxa de reincidência observada no tópico introdutório. Inclusive, tamanho é o problema da situação das prisões que leva Foucault (2001) a dizer que “na verdade, a prisão, nos seus dispositivos mais explícitos, sempre aplicou certas medidas de sofrimento físico” (p. 20).

Segundo Foucault (2001), a manutenção do sofrimento físico é corroborado na “humanizada” penalização da “alma”; isto é, apesar da moderna punição se exercer na “alma” do transgressor, fazendo-o repensar suas atitudes, como uma espécie de cura da sua personalidade/alma, o sofrimento físico ainda assim permanece, de modo que os resquícios do “castigo” não foram superados.

O sistema penal, influenciado pela criminologia positivista, pensa o corpo do criminoso como um objeto passível de correção e transformação (por meio da pena ressocializadora), o que significaria aplicar uma “técnica corretiva”, com instrumentos que promovam a mudança, a cura da alma transgressora, a readaptação do infrator, a reeducação. A presença dessa corrente criminológica pode ser também observada em institutos penais nacionais, tais como a progressão e regressão de regime²⁰.

Apesar da manutenção do castigo e das contradições na tese da ressocialização e do aprisionamento estes discursos majoritários revigoram-se, fortalecessem-se e são aclamados pela sociedade não só Brasileira, mas internacional. Outro perigo reside ainda na tendência de a penalização ser reivindicada como um direito humano, pois nos dizeres de Ricardo Gloeckner, “não é à toa que muitas das reformas penais no Brasil, por exemplo, invocam os direitos humanos das vítimas a fim de enaltecer a necessidade (tida por imperiosa) de mudança e maior rigor” (GLOECKNER, 2011, p. 14), à exemplo da Lei Maria da Penha e das reivindicações pela criminalização da LGBTfobia.

20 Caso tenha bom comportamento, o apenado progredirá para um regime mais brando; se forem más as condutas, haverá regressão do regime, de modo que a punição/ressocialização vem não “para apagar um crime, mas para transformar um culpado” (FOUCAULT, p. 123) num corpo útil, dócil e submisso.

O punitivismo é uma tendência de origem não apenas teórica ou jurídica, mas, sobretudo, populista e cultural; com o apoio (e influência) do povo, o sustento do punitivismo é um problema que merece ser destacado.

1.4 A prática-discurso do populismo penal

O direito penal brasileiro apresenta penas de reclusão de no máximo 30 anos de reclusão, conforme seu artigo 75. Constatou-se no estudo feito pelo INFOPEN em 2017 que, em média, o tempo total de penas da população prisional condenada são em sua maioria de 4 a 8 anos (32% das penas), de 8 a 15 anos (25% das penas). Ressalte-se, ainda, que existem cerca de 508 pessoas condenadas a mais de 100 anos²¹. O resultado desse contexto é a população carcerária do Brasil ser a terceira maior do mundo²².

Mesmo diante deste cenário, ainda se sustenta o discurso de que o Brasil é o país da impunidade e de que os direitos humanos servem para defender bandidos e não cidadãos de bem; é dito ainda que “tem que prender mesmo” para “acabar com essa impunidade”. Apesar do superencarceramento, aumentam os ditados de que “se prende pouco” e que a solução para o crime deveria ser a pena de morte (presente em alguns Estados dos Estados Unidos) ou a perpétua (presentes na Itália e Inglaterra). Outrora reclamado como legítimo mecanismo de combate ao crime, o direito penal também é visto, pelo senso comum, como muito “protetivo” ao bandido e que tem que se punir mais.

É fato notório que ideias acerca da criminalidade como essas são amplamente propagadas pela mídia e retroalimentadas pelo público, com um discurso de que a criminalidade só tende a aumentar. Sem uma visão panorâmica das causas do crime ou do que o precede, nas notícias ela (a criminalidade) parece surgir como um conjunto de fatos isolados, como se a prática delituosa não tivesse contexto ou causas – sociais. As explicações resumem-se em “pura maldade”, ou “bandidismo”, ou ainda ser “opcional” o caminho da criminalidade. Então, tendo em vista o conhecido alto teor sensacionalista dos programas policiais, dispensam comentários ou demais teorias sobre a influência que a mídia televisiva exerce sobre a população que, ao acessar as notícias (sobretudo de violência e de programas

21 <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/06/508-presos-no-pais-cumprem-penas-de-mais-de-cem-anos-de-detencao23062010.html>

22 <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>

policiais) é produzido um sentimento de medo, impunidade e insegurança, o que fortalece a instituição policial, reclamada para atuar sobre os criminosos com violência e repressão.

Destarte, o criminoso é um “mau” que deve ser “corrigido”, como se existisse “um ontológico *ser* do bem e uma ficção chamada livre-arbítrio, cuja escolha pela maldade (criminalidade) seria a manifestação de sua essência e opção livre pelo lado do mal” (PESSOA; LEAL, 2017, p. 196). Ele é um inimigo perigoso e perverso, que é demonizado e que merece ser eliminado; pode também ter suprimidos seus direitos e garantias, formando o que Jakobs e Melia chamam de direito penal do inimigo (JAKOBS; MELIA, 2005).

Parafraseando Saquiné, Naiara Garcia (2015, p. 94) diz que a mídia sensacionalista e o populismo penal podem influenciar também o juiz; talvez porque a justiça poderia perder a sua credibilidade ao pôr em liberdade ou absolver aquele que é visto como “bandido”. Em sendo assim, o juiz - por sua vez nada neutro nem imparcial e, pelo contrário, componente da sociedade, com medos e paixões - por exemplo, decretaria a prisão “buscando uma aprovação social” (GARCIA, 2015, p. 95).

Para além das justificativas jusfilosóficas e sociológicas da punição e das políticas criminais que sustentam o direito penal, imprescindível falar, por tudo acima, do amplo apoio popular pelo enrijecimento das penas e da resposta severa aos crimes. Observamos uma opinião midiática acerca do aumento da criminalidade e da necessidade de se punir mais e com maior rigorosidade; isto somado ao sentimento de impunidade e insegurança que é gerado pela mídia. Juntos, forjam os argumentos do oportunismo eleitoral e legislativo para o Estado punir rigorosamente.

A cultura punitiva instalada na sociedade é, portanto, fomentada e qualificada na casa legislativa, no momento em que o discurso do endurecimento das penas e ampliação do direito penal é positivado pelo Estado penal. Como diz Gazoto (2010), é justamente na fase pré-legislativa²³ que o legislador é influenciado pela opinião pública, que por sua vez é influenciada pela mídia, ocorrendo uma “operacionalização por grupos de pressão” que culmina num projeto de lei (GAZOTO, 2010, p. 88). Trata-se de um processo de articulação política de debate e qualificação da opinião pública, no qual o poder legiferante reproduz e positiva aqueles discursos outrora debatidos. Foi assim, por exemplo, com o Projeto de

23 A fase pré-legislativa é quando se “discute socialmente a falta de relação social e a adequada resposta jurídica”, resultando este processo deliberativo no Projeto de Lei. Após, temos a fase legislativa, quando efetiva-se o trâmite de discussão e votação da lei. Por fim, a fase pós-legislativa, “com o questionamento, pela sociedade, sobre se a lei guarda correspondência com a realidade que pretende regular. Apud ATIENZA, Manoel. *Las Razones Del Derecho: teorías de La argumentacion jurídica*. México: Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2005, p. 1.

Emenda à Constituição (não aprovado) que diminuiria a maioria penal²⁴ para 16 anos nos cometimentos de crimes hediondos. Ressalte-se que esse projeto foi objeto de pesquisa do Datafolha²⁵, cujo resultado foi o número de 87% de brasileiros a favor da diminuição da maioria penal.

O que se observa no discurso do populismo punitivo é um “discurso-prática” (GOMES, 2013) que é exercida pelo público e abraçada pelo Estado/judiciário. Por conseguinte, se não fossem punidos com severidade os crimes de maior ou menor ofensividade, eles continuariam se multiplicando. Portanto, sem abrir margem para o cometimento dos menores delitos, a resposta repressiva deveria ser imediata e severa, com *tolerância zero*, intensificando as penas.

Deste modo, a ausência de racionalidade, estratégia, de senso de proporcionalidade e a ausência de uma política criminal eficiente dão lugar ao inverossímil, imediatista e falacioso populismo penal, que por sua vez é abraçado e positivado pelo Estado. Observa-se, pois, no populismo penal premissas como “todos os males da insegurança pública podem e devem ser resolvidos, facilmente, com mais leis punitivas e exemplares”, ou a “confiança na intensificação do controle e do poder punitivo, governado pela ideologia do movimento da lei e da ordem” (SOHSTEN, p. 1, 2013).

Como disse anteriormente, essas manifestações representam

“um discurso e, ao mesmo tempo, uma prática punitiva (um método, um procedimento ou um movimento de política criminal), paralelo (com características próprias) e, ao mesmo tempo, complementar de tantos outros discursos punitivistas (movimento da lei e ordem, tolerância zero, direito penal do inimigo etc.)” (GOMES, p. 1, 2013).

Isto é, gira em torno do populismo penal uma prática-discurso punitivo que é legitimada tanto cientificamente - observado nas teorias das janelas quebradas e da prevenção situacional – quanto, paralelamente, pelo populismo – midiático e público. No final, são dois lados de uma só moeda, pois se complementam entre si, sustentando o punitivismo que diz que: a punição severa solucionará o problema da criminalidade; que não se deve tolerar o menor dos delitos; que o cárcere intimidará os delinquentes; que as penas devem ser aumentadas, etc. O aprisionamento se torna um fim em si mesmo: o puro e simples castigo. Somado ao desinteresse Estatal em prevenir o cerne da criminalidade (como a desigualdade

24 PEC 171/93.

25 Realizada em 2015, a pesquisa ainda demonstrou que 27% das pessoas defenderam a proposta de alterar a maioria penal só para determinados casos, enquanto os 73% defendem a redução para qualquer crime em.

social), esse estado de coisas permanece num ciclo vicioso, ao passo que observamos a [re]legitimação, revigoramento e recrudescimento do direito penal.

Como um mecanismo instantâneo que produz resultado prático em tempo hábil, sem mais delongas e análises, ponderações ou raciocínios devidos, o direito penal é utilizado pelo Estado a torto e a direito; ele produz e robustece a pena com justificativas – em grande parte – populistas. Com efeito, Gazoto²⁶ observa um progressivo rigor penal a partir do código penal de 1940. Ele constatou que na 53^a²⁷ legislatura da Câmara dos Deputados²⁸ foram apresentados 308 projetos de lei tratando de direito penal, dos quais 5% abrandavam o sistema punitivo (com penas alternativas ou outros benefícios processuais), e 95% deles aumentavam as penas e incidências criminais. Segundo ele, “foi grande a incidência de projetos de lei – cerca de 25 – quanto a menores de 18 anos, tanto para o endurecimento das penas do crime de sua corrupção²⁹, como também para aumentar o prazo da internação dos menores, quando da prática de atos infracionais³⁰” (GAZOTO, 2010, p. 261-262).

Além disso, existem ainda outros projetos desarrazoados e insensatos, como o que pretende vedar a concessão de *habeas corpus* aos sujeitos reincidentes³¹. Ainda de acordo com Gazoto, nas 52^a e 53^a legislaturas do Senado Federal, ³² dos 172 projetos de lei analisados, cerca de 2,3% são despenalizantes, enquanto 97% aumentam as penas ou tipificam novas condutas. Ressalte-se, ainda, que tanto partidos “de esquerda” quanto “de direita” apresentam grandes projetos penalizantes, levando Gazoto a afirmar que “punitivismo não tem bandeira”.

Nos projetos repressivos dos legisladores nacionais observamos o eficientismo do direito penal³³ para justificar e legitimar o endurecimento das leis. O mecanismo –

26 Numa tentativa de analisar as influências e tendências presentes nos projetos de lei apresentados na câmara dos deputados e no senado federal na última década, Gazoto produziu uma tese de doutorado com vistas a estudar as justificativas do congresso nacional brasileiro ao rigor penal legislativo, sob a perspectiva do populismo penal.

²⁷ Compreendendo os anos de 2007 a 2011.

28 Período que vai de 1º de janeiro de 2007 a 30 de junho de 2009

29 Tratam-se dos Projetos de Lei PL 121/2007, do Deputado Neilton Mulim (PR/RJ), que, segundo Gazoto, aumenta a pena de detenção para o dobro e pena de reclusão para o quádruplo para agentes maiores que se associarem a menores de idade para prática de infração penal; PL 5.122/2009, do Capitão Assunção (PSB/ES), que aumenta a pena de dois terços para os crimes contra a liberdade sexual, envolvendo menores (pedofilia e abuso sexual); PL 2.658/2007, do deputado Vital do Rêgo Filho (PMDB/PB), que dobra a pena da contravenção penal de servir bebida alcoólica aos menores.

30 Segundo Gazoto, trata-se da PL 165/2007 de iniciativa da deputada Perpétua Almeida (PCdoB/AC) e outros, aumentando para até 10 anos o tempo de internação; amplia o limite de idade para liberação compulsória do adolescente infrator, aplicando medida sócio-educativa especial nos casos de infrações descritos como crimes hediondos, praticada por adolescente com mais de 16 anos.

31 PL 4337/2008

32 Período de 1º de janeiro de 2003 a 30 de junho de 2009

33 “O Eficientismo penal é uma nova forma do direito penal de emergência que se expressa através de políticas criminais repressivas e criminalizam os conflitos sociais com fundamento nos discursos da ‘lei e ordem’ [...]”

convincente e seduzente – do recrudescimento penal supre, portanto, o desejo emergencial da punição alimentada pela mídia. Como se vê, a prática do populismo punitivo desconsidera soluções preventivas ou restaurativas, ao passo que revigora o direito penal e sustenta mazelas sociais – desigualdades, superencarceramento, seletividade penal, etc.

Como que uma reação em cadeia, portanto, temos três fatores basilares na construção de uma política com base no populismo punitivo. Primeiramente as mídias, que geram a cultura do medo e da insegurança. Depois, soma-se a uma opinião pública fundada no medo, cujo discurso reproduz as falácias midiáticas, além de reproduzir falas que denotam uma “bondade” do judiciário com os “bandidos”, ou ainda diz que os defensores de direitos humanos são defensores de bandidos. Por fim, como uma reação em cadeia, esses discursos desembocam na utilização paliativa do direito penal de forma emergencial pelo Estado.

Neste sentido, longe de tornar simplória a complexidade do assunto, é inegável que essa “reação em cadeia” intensifica as mazelas presentes no ambiente do cárcere: superlotação, insalubridade, constante violação a direitos, ofensas à integridade física e psíquica dos aprisionados. Ante a incongruente ressocialização (enquanto objetivo final da pena) aumenta-se – exponencialmente - a taxa de reincidência³⁴. Por fim, o ciclo se renova, ao passo que os discursos punitivistas se disseminam, que pede mais rigor penal para todo e qualquer evento “criminoso”, sem observância de uma saída alternativa.

substitui a mediação política nas relações sociais por um direito penal de emergência, com caráter contrainsurgente”. (ZACKSESKI; DUARTE, apud DORNELLES, João Ricardo. Conflito e segurança: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003 p. 46 e 49).

34 De acordo com o relatório do DEPEN (2001), a taxa gira em torno de 70% de reincidência no sistema penitenciário, mas isso tanto em relação aos presos provisórios quanto aos condenados com passagem anterior no sistema prisional. Já a reincidência compreendida como nova condenação, mas não necessariamente com pena de prisão, em São Paulo, os resultados são: 50% de reincidência, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32% (KAHN, Tulio. IN: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Reincidência Criminal no BRasi. Relatório de Pesquisa, 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 12/04/2019.).

CAPÍTULO 2 – As Contribuições da Teoria Abolicionista Penal

2.1 As falhas e sequelas da justiça criminal e a necessidade de sua superação

Pelo visto até agora, observamos que o direito penal está muito próximo de uma noção de castigo institucionalizado e mediado pelo Estado-juiz, que, (im)parcialmente, julga os “delinquentes” por suas condutas antijurídicas, atribuindo-lhes uma pena/castigo. E esta, por sua vez, com supostos propósitos humanitários, ressocializadores ou reeducativos, que são no mínimo falaciosos e de eficiência duvidosa.

Observamos, também, que há uma crença no “fantasma da criminalidade” disseminada pela mídia, que gera medo e insegurança. Somado a isso, temos a crença na publicidade do sistema penal como um “solucionador dos problemas”, “restaurador da tranquilidade e segurança”, constituindo o que Lúcia Karam (2004) chama de “publicidade enganosa” do direito penal.

Na simbiose desta publicidade enganosa semeia-se um “desejo irracional de castigo” que é fruto de uma “acrítica e rápida introjeção de uma realidade assustadora” – da criminalidade – (KARAM, 2004), alimentada pela mídia e que é suprida com a reação punitiva Estatal. Quer dizer, o poder de punir do Estado, de prontidão, atende ao irracional desejo punitivo, ao passo que impera sua função simbólica de poder.

Essa manifestação de poder é constatada na cultura do castigo. Nesse sentido, Edson Passeti (2016) diz que essa cultura pressupõe a ideia de que “para se educar bem, deve-se punir bem” e isso está presente em diversos âmbitos da sociabilidade humana: na educação das crianças, nas escolas, na política, nas normas das empresas e fábricas, etc.; o castigo, por sua vez, é exercido sempre por aqueles que têm o poder (os pais, o Estado, o gerente), se fazendo aplicar contra aqueles que lhes são subordinados, os “de baixo”. Segundo o autor, “trata-se de uma cultura de superiores a ser suprimida”, sendo neste fundamento que se baseia o abolicionismo penal.

No tocante ao castigo Estatal, observam-se duas consequências advindas da punição: primeiro, para aqueles não selecionados e “inocentes”, é a produção de uma sensação de alívio e segurança, conquanto dissimulada e falseada – pois se pensa que identificando o criminoso resolve-se o problema, ocultando as causas sociais. Já em relação aos que sofrem diretamente com o reconhecimento da culpabilização, acontece um processo de atribuição de uma pena que não se quer ser coletivizada e cujo selecionado Karam (2004) chama de “bode

expiatório”: aquele a quem culpar, a quem punir; ou seja, há uma personificação da criminalidade, cujo sujeito assume e internaliza a representação do “mau”, vestindo uma máscara imposta pelo discurso jurídico-penal (e midiático), ocultando as atenções dos desvios estruturais e causas sociais que levam à transgressão. Com efeito, Karam (2004) diz ainda que aqueles que não sofrem experimentam uma sensação de inocência, vez que a pena imposta ao delinquente importa na “absolvição” de todos os que não foram selecionados pelo sistema penal, que são os “cidadãos de bem”, antagônicos ao “criminoso”.

O controle da criminalidade, portanto, é realizado diretamente sobre o corpo do transgressor (como uma “personificação” do crime), “resolvendo”, em tese, o problema da criminalidade. A identificação desse sujeito “mau” e a conseguinte “satisfação” ou “alívio” gerados pela individualização do criminoso e sua punição, além de desviar as atenções, “afasta a busca de outras soluções mais eficazes, dispensando a investigação das razões ensejadoras daquelas situações negativas” (Karam, 2004, p. 90). Resta indagar: o problema da criminalidade está na pessoa “má” do criminoso? Ou existem causas e desvios sociais que ensejam uma situação criminosa?

Um dos cerne da problemática é justamente este fato de o direito penal ser utilizado para “resolver” as consequências do evento criminoso, e não suas causas, de modo que aquele público alvo do sistema penal em razão de suas condições sociais desfavoráveis sofrem um processo de desumanização na persecução/execução penal (MASTRODI; FURQUIM, 2014).

A punição do representante da criminalidade, segundo Karam, se explica não pelos fundamentos retributivos ou reprovadores por si só, mas também por sua “função simbólica de manifestação de poder, e sua finalidade não explicitada de manutenção e reprodução deste poder” (2004, p.2), direcionada a um público selecionado – em sua maioria negro, pobre e de baixa escolaridade. Impossível não lembrar dos dizeres de Foucault ao aduzir que o poder “sempre se exerce em determinada direção, com uns de um lado e outros do outro; não se sabe ao certo quem o detém; mas se sabe quem não o possui” (1986, p.75). O poder de quem castiga e sua técnica punitiva surge como um instrumento de violência contra os mesmos de sempre.

O sistema penal, indissociável da pena privativa de liberdade, constrói e propaga a imagem do criminoso, “com o que se ocultam desvios estruturais, encobertos pela crença nos desvios pessoais, do qual se nutre a reação punitiva” (KARAM, 2004, p. 84). Nesta linha de pensamento, Daniel Achutti, parafraseando Nils Chistie, diz que se trata da tendência de um pensamento dicotômico inerente à lei penal, que se preocupa

mais com sistemas biológicos ou de personalidade do que com sistemas sociais, trata-se de uma armadilha para que as interações [influências e atuações de agentes externos] não sejam objeto de análise do sistema, pois do contrário seria necessário abordar a **responsabilidade social** de todos os demais sujeitos que participaram, direta ou indiretamente, do ato tido como delituoso – e a mera noção de responsabilidade social não se enquadra bem na lei penal, que trabalha, por necessidade, apenas com a **responsabilidade individual** (ACHUTTI, 2014, pp. 47-48, grifo nosso).

Ou seja, a lei penal é feita para responsabilização individual; ela exige uma interpretação enxuta e objetiva da situação problema que levou o ofensor a juízo, de modo que exclui deliberadamente qualquer outro processo de “interação” (ou influências sociais) que contribuiu/levou àquele evento tido como criminoso. Nesta linha de pensamento, optar por observar a situação-problema de forma simplista e dicotômica, classificar o sujeito como culpado, como “mau” ou como criminoso – inclusive levando em conta seus aspectos biológicos e psicológicos, fruto da criminologia positivista – acaba desconsiderando os desvios estruturais de cuja sociedade ou Estado possuem responsabilidade, seja direta ou indiretamente, omissiva ou comissivamente.

Crimes contra a propriedade, por exemplo, aduzem a discrepante desigualdade material entre as pessoas, o que por vezes contribui para o cometimento de furtos ou roubos, além de diversas outras razões, que não por “maldade”. Ou ainda precisar alguém auferir renda com o tráfico por falta de oportunidades num contrato de trabalho legal. As razões que influenciam passam pelos aspectos alimentícios ou (ausência de) educação, ou outras oportunidades que de forma preventiva o Estado poderia contribuir.

A conclusão possível é a de que “as salas de julgamento não são, dessa forma, lugares para revelar toda a história” dos sujeitos envolvidos ou as influências externas da delinquência, que deveriam ser levadas em consideração no momento da apuração do fato delituoso; sobretudo em relação ao ofensor, de modo que atenuasse a carga de preconceito e discriminação que carregam os “traficantes” e “ladrões” “perversos”. A justiça criminal não revela nem cuida, pois, das razões ensejadoras da “ofensa”, mas revela “apenas aqueles *bits* e partes que o judiciário considera relevante” (ACHUTTI, 2014, p. 49; *apud* Christie, 2007, p. 373); *bits* estes fora de contexto e isolados.

Diante desses e outros problemas que forjam a justiça criminal e a (fatídica) necessidade de punição, os abolicionistas propõem a abolição do sistema penal, por ser ele falho, inócuo e até obsoleto. Cumpre ressaltar que não se pretende esgotar, aqui, todos os prismas da corrente teórica do abolicionismo, mas objetivamos traçar ideias gerais e principais que a sustentam. Filho da criminologia crítica, esta teoria será aqui abordada a

partir das ideias de três dos seus principais propulsores: Louk Hulsman, Thomas Mahtiesen e Nils Christie.

São várias as correntes abolicionistas. Em linhas gerais, de acordo com Nascimento Silva (2002), Zaffaroni cita alguns exemplos de abolicionismo, dentre os quais podemos mencionar o abolicionismo penal marxista (longínquo e que pressupõe a abolição do direito burguês no seu todo), ou o abolicionismo do sistema penal (sem a necessária abolição do sistema jurídico) em favor de uma substituição por outras instâncias com outras formas de soluções de conflitos. Em suma, em harmonia com o que diz Achutti (2014), o que as une é a defesa da tese de que o sistema penal não é um instrumento adequado para lidar com a criminalidade/criminoso, pois provoca efeitos indesejados, causa mais injustiça do que a justiça, além de ser essencialmente violento, seletivo e estigmatizante. Em outras palavras, é dizer que o abolicionismo penal é uma teoria que pensa o sistema penal mais como um (re)produtor de males na sociedade do que como solucionador deles, que traz mais o mau do que o bem-estar social.

2.2 O Abolicionismo de Hulsman

O direito penal é um campo do direito diferente dos demais, pois sua intimidante violência é capaz de provocar males e dores no corpo do alvo selecionado, coisa que não ocorre nos campos cíveis ou administrativos. Nesta perspectiva, Hulsman e De Celis (1993) argumentam a necessidade de se adotar alternativas ao sistema penal, como modelos compensatório, terapêutico, conciliatório e educativo. As críticas são direcionadas tanto ao tratamento para com o sujeito apenado, quanto à estrutura do sistema penal, intercalando o aspecto teórico ao prático, de modo que a abolição deve-se iniciar na academia científica ao passo que, como um movimento social, se coloca na sociedade numa luta pela abolição daquele sistema.

As análises fundamentais também giram em torno das prisões e dos efeitos ineficazes e inócuos da pena. Assim, a teoria abolicionista tem como fundamentos, segundo Hulsman e De Celis (1993), ideias como: ao invés de resolver os problemas que se propõe, o sistema penal cria outros novos, surgindo verdadeiramente como um mal social; ou que existem mecanismos de solução de litígios, o que demonstra que existe uma sociedade sem sistema penal, se referindo às diversas formas de conciliação, seja na área cível, seja extraoficialmente (fora da justiça). Dessa forma, “reconhecer a existência deste fato, e permitir que se

desenvolva, converteria o sistema penal em algo obsoleto” (HULSMAN; DE CELIS, 2005, p. 246).

A seletividade do sistema penal também é um problema destacado pelos teóricos abolicionistas. Cabe lembrar aqui, em harmonia com o exposto anteriormente neste trabalho, que é notável a presença do perfil negro, pobre e de baixa escolaridade na prisão. Numa sintomática seletividade evidentemente classista e racista, o sistema penal se aplica principalmente à camada mais vulnerável da sociedade. Sendo assim, Hulsman e De Celis dizem que é

claro que o sistema penal se aplica sobre a faixa mais pobre ou mais vulnerável da população, enquanto que uma das razões de sua instauração no final do século XVIII foi, precisamente, acabar com a utilização arbitrária e abusiva da força dos poderosos contra os fracos. O sistema penal atua, de fato, como um instrumento em mãos das forças com poder, que produz a marginalização social dos elementos indesejáveis, supondo assim a invalidação da afirmação teórica segundo a qual a justiça deve ser igual para todos. Em oposição a sua vocação democrática, o sistema penal reforça as desigualdades sociais. (HULSMAN; DE CELIS, 2005, p. 252).

A desigualdade social, então, se apresenta como um fator condicionante para a seleção dos alvos do sistema penal. Os “elementos indesejáveis” como aqueles que nada ou pouco tem, excluídos do mercado de trabalho e em contraponto àqueles que muito têm nos leva a interpretar o sistema penal uma parte do sistema produtivo, na medida em que exerce o controle sobre os excluídos, como uma atividade disciplinadora (MOSTRADI, 2014, p. 158).

Em relação à pena sofrida pelo público alvo, Louk Hulsman, em seu livro *Penas – Sistema Penal em Questão*, ensaia críticas ao cárcere, adjetivado por ele como uma coisa *nonsense*. Isto porque, mais do que privar alguém de sua liberdade, o sistema penitenciário não faz sentido por razões como a contraditória ideia ressocializadora (não é enclausurando que se reeduca ou reintegra) bem como por não ser nada humanizada, porquanto a essência do aprisionamento é a de um castigo corporal (HULSMAN, 1993) – da mesma forma que diz Foucault.

Apesar de haver a tese de que os castigos corporais foram abolidos e as penas humanizadas, em verdade, segundo Hulsman (1993, pp. 61-62), a prisão degrada os corpos, pois os “priva de ar, de sol, de luz, de espaço” e, além disso, confina entre quatro paredes com grades, mau odor, sujeiras, más refeições, e que prolifera doenças entre os presos, que os deteriora lentamente³⁵ - quer dizer, o suplício outrora “superado”, ainda permanece. Não só, a

35 Apesar de não ser objeto deste trabalho, inúmeras pesquisas apontam a sabida situação degradante e desumana das prisões no Brasil e no mundo, em virtude da qual doenças biológicas ou mentais assolam os que se encontram enclausurados.

prisão descaracteriza a função reeducativa porquanto afasta o infrator de sua vida, convívio social, família, e diria até sua identidade – pois impõe o estigma de criminoso ou (ex-)presidiário. Destarte, o disposto numa sentença condenatória em palavras e números que pretendem ressocializar o sujeito em alguns meses ou anos se revelam, na realidade, como uma eternidade para quem se encontra na execução da pena privativa de liberdade.

A realidade da pena privativa de liberdade é contraditória, pois os cálculos da pena não constituem um remédio a ser injetado no corpo do criminoso contra suas “tendências criminosas”. Ela não parece que vai prevenir o crime, não é humanizada, nem vai tornar o transgressor um sujeito melhor, reeducado, nem reintegra-lo à sociedade, mas sim vai tirar dele toda dignidade e humanidade que lhe pertence, fazendo com que ele aprenda as diversas faces da criminalidade dentro daquela escola do crime.

Sobre isso, o tráfico de drogas que se busca combater com o aprisionamento dos envolvidos é ainda mais reproduzido dentro dos muros das prisões, inclusive com a convivência e suporte de agentes do Estado. Quer dizer, o microssistema ilícito vigente na prisão reproduz dentro de si o que ele se propõe a eliminar: o crime, o tráfico, além dos homicídios, as lesões corporais, etc.

Não bastasse o regime privativo de liberdade, a eventual prática de um tipo criminal dentro da prisão acarreta uma punição dentro da punição, que é uma intensificação daquele castigo. Exemplo disso são as faltas disciplinares, que faz o sujeito regredir de regime; ou ainda o Regime Disciplinado Diferenciado, aplicado em caso de cometimento de falta grave ou crime doloso dentro da prisão, que determina o recolhimento do indivíduo em cela fechada e individual com medidas como a duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, levando ao limite de até um sexto da pena aplicada (art. 52 da Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84).

Alvo de duras críticas, o Regime Disciplinar Diferenciado, ao invés de causar arrependimento no transgressor, gera nele uma intensa dor corporal e psíquica, podendo levar ao desespero, delírios, psicose e depressão, atrofiando a sociabilidade do apenado, de modo que viola sua integridade física e psíquica, fazendo com que ele passe por um processo de desumanização (COSTA, p.1, 2013).

Destarte, o sistema penal - contraditório em suas funções declaradas – intensifica a aplicação de castigos disciplinares àqueles que praticam condutas “criminosas” dentro do seio prisional, condutas que outrora esta mesma prisão pretendia combater (quando praticadas do lado de fora), mas que não cumpre seu objetivo. Ou ainda o faz, mas à custa do endurecimento e prolongamento do sofrimento corporal, de modo que a técnica punitiva é

intensificada e aperfeiçoada pelo Estado – que ostenta e evidencia seu poder de punir, como bem diz Foucault (2007).

Além das críticas às prisões e às penas privativas de liberdade, Louk Hulsman (1997) constata que existem dois tipos de “posturas abolicionistas”. A primeira postura contesta e nega a legitimidade que a justiça criminal tem para solucionar as “situações-problema”, pois se detecta que ela não é eficiente, nem deve ser uma resposta legítima às “situações-problema”. É uma postura que refuta a tese da justiça penal, pois em verdade ela [re]produz dores e vícios, além de apresentar mais características de um problema público do que solução para estes. Segundo ele, essa primeira postura deve cumprir o dever de parar as atividades desenvolvidas pela justiça criminal, pelas razões acima expostas. Complementando, deve-se lidar com situações-problema criminalizáveis do lado de fora da justiça criminal, buscando soluções alternativas que não as nela vigentes. Hulsman aponta que tal postura é análoga a movimentos sociais históricos, tais como o da abolição da escravidão, da perseguição às bruxas e hereges, além dos contemporâneos abolicionismos da discriminação racial e de gênero (1997, p. 197).

A segunda postura aborda não a justiça criminal em si, mas sim uma “*maneira de olhar* para a justiça criminal é abolida” (HULSMAN, 1997, p. 197); tal postura foca nas esferas externas à justiça criminal: as universidades e os departamentos de direito penal e de criminologia. Isto é, dentro da academia, observamos duas correntes: a primeira adota uma perspectiva objetiva e dominante da justiça criminal, como sendo esta natural e necessária, que é legitimada e sustentada a partir de valores acadêmicos reproduzidos nas universidades. A segunda, que deve ser adotada, é a perspectiva abolicionista do direito penal, perspectiva esta que submete a observação da justiça criminal a uma hipótese crítica.

Essa última trata de uma perspectiva na qual a linguagem do crime e da justiça criminal deve ser substituída por uma que permita testar a hipótese de que a justiça criminal não é “natural” e que sua “construção” não pode ser legitimada – “*hipótese crítica*” (HULSMAN, 1997, p. 197). Hulsman conclui que se essa hipótese for validada, então “a linguagem prevalecente sobre a justiça criminal tem de ser desconstruída e a justiça criminal aparecerá como um problema público ao invés de uma solução” para esses (1997, p. 197). Neste caso, trata-se da *abolição* como uma *hipótese crítica*, uma abolição *acadêmica* da ideologia natural, objetiva, necessária, dominante e legitimada da justiça criminal como solucionadora dos problemas públicos. Portanto, de forma resumida, o abolicionismo pressupõe uma mudança de perspectiva na forma de olhar e abordar a justiça criminal e a

criminalidade, analisando elas a partir da sua não naturalidade, ilegitimidade, e antes um produtor de problemas públicos que um solucionador.

Neste sentido, sua estratégia é a substituição de conceitos como “comportamento criminoso” ou “crime” por “situação-problemática”. A abolição começaria em nós mesmos, com a anulação das linguagens da justiça criminal³⁶, pois assim mudariam as percepções, atitudes e comportamentos. Como diz Thiago Rodrigues, sob a ótica das situações-problema os eventos podem ser abordados a partir de suas especificidades, sem que seja visto como um crime punível (RODRIGUES, 2004, p. 147), de modo que se abrem vias alternativas e criativas, pensando a situação e sua eventual solução “fora da caixa”.

Diante dessa hipótese crítica, a teoria abolicionista de Hulsman observa a justiça criminal como um complexo de interações e de organizações sociais e culturais, com agências independentes entre si, mas que entre elas interagem – polícia, juiz, promotor, serviços de prisão e de SURSIS. No seio dessa interação da justiça criminal, temos a (re)construção de uma situação específica, que retrata um incidente ocorrido num tempo e lugar, com indivíduos envolvidos. Montado este cenário cultural de interações da justiça criminal haverá um julgamento (à lá doutrina do “julgamento final” e do “purgatório”), o qual fará recair a culpa e a causalidade de um evento sobre alguém (HULSMAN, 1997, p. 199). O resultado desse roteiro interacional é a produção de criminalização dentro no seu centro, pois o “violador” se torna o criminoso culpado:

o indivíduo [culpado] então é discriminado. Ele é isolado, por causa daquele incidente, de seu meio-ambiente, de seus amigos, de sua família, do substrato material de seu mundo. Ele também é separado das pessoas que sentem-se vitimizadas numa situação que pode, de alguma maneira, ser atribuída à sua ação. Estas “vítimas” são separadas de maneira semelhante. Então, a organização cultural de referência separa artificialmente alguns indivíduos de seu meio-ambiente e separa pessoas que se sentem vitimizadas das pessoas que são consideradas nesta situação específica como “violadores”. Neste sentido, a organização cultural de justiça criminal cria “indivíduos fictícios” e uma interação “fictícia” entre eles (HULSMAN, 1997, p. 198-199).

Quer dizer, observa-se que não há uma interação real entre os diretamente envolvidos (vítima e violador), pois o processo cria indivíduos fictícios, dos quais um será criminalizado. Observando desta forma, a justiça criminal multiplica os problemas ao invés de solucioná-los, pois como dito por Hulsman (1997), o indivíduo criminalizado naquela interação é isolado e excluído do seu meio social e afetivo, de modo que atrofia tanto a possibilidade ressocializadora como também outras vias de solução. Por sua vez, a vítima, prejudicada,

36 Pensando situações ao invés de comportamento; natureza problemática ao invés de natureza ilegal criminosa; questionar o que pode ser feito e por quem para reordenar as coisas.

assume uma posição muito fraca nessa interação, que dá ênfase ao “violador” numa interação na qual ela quem deveria receber atenção. Assumindo um papel quase de personagem coadjuvante que apenas auxilia no desenvolver da interação processual, a vítima é uma simples “ferramenta para levar procedimentos legais a um fim com sucesso” (HULSMAN, 1997, p. 200). O papel utilitarista – quiçá escartável – do testemunho da vítima, que posteriormente perde sua importância, não lhe dá a chance de “expressar livremente sua visão da situação ou entre numa interação com a pessoa que está fazendo o papel de suposto agressor no tribunal” (HULSMAN, 1997, p. 200).

Essa interação roteirizada legalmente torna bastante difícil para os agentes legais direcionarem seus esforços aos problemas em si experimentados pelos diretamente envolvidos (“vítima” e “violador”), pois dificulta qualquer possível interação criativa entre eles, suprimindo a voz da vítima – que deveria ter especial atenção – e eventual chance de reparação, conciliação, compensação, ou que permita soluções terapêuticas ou educativas. É dizer que: há uma norma aplicada uniformemente para todos os casos, mas até que ponto isso funciona em casos com diferenças discrepantes entre si? Sem que seja levado em consideração as suas singularidades, torna-se um empecilho por não permitir pensar soluções ou interpretações alternativas para as situações-problema a partir de suas próprias variantes e singularidades.

Apesar de haver diversos ritos processuais penais, cada um com sua particularidade, tudo se resume a uma persecução de exceção – pois assim é o processo penal - com atribuição de culpa e consequente penalização do culpado – produzindo dor. E é diferente das outras esferas da justiça – cível ou administrativa –, pois ela produz a criminalização deste sujeito e lhe impõe uma pena – não raramente a privativa de liberdade.

Para pensar numa política que lide com as situações problemas a partir de suas singularidades, que não pela via da persecução penal, Hulsman (1997) propõe: a) pensar o desenvolvimento das agências-base envolvidas no sistema da justiça criminal (Ministério Público, judiciário, polícia), bem como dos seus sistemas de referência (lei penal); b) pensar em quais tipos de situações poderiam ser tratadas por este sistema, sob quais moldes e condições; e c) pensar recomendações sobre a reorganização social em outras áreas da sociedade que se relacionem com a situações-problema, que se tornaram objeto de debate de uma política criminal. Quer dizer, é pensar um sistema de referência diferente do processual penal, é refletir sobre de que forma os caminhos alternativos poderiam ser moldados, é, sobretudo, pensar em proposições de reorganização das causas sociais que ensejam e facilitam as situações-problema (ou a criminalidade), sendo esse campo o objeto da política criminal.

A justiça criminal tal qual conhecemos, diz Hulsman (1997) tende a produzir uma verdade ou uma realidade do que não necessariamente aconteceu e, por conseguinte, a produzir uma solução não realista e ineficiente. Quer dizer, a obrigatoriedade de se interpretar um evento a partir de codificações e objetividades exclui as variantes sociais e pessoais que levaram àquele evento problemático. A normatividade que se impõe impede qualquer solução criativa para aquele problema. Segundo Hulsman (1997) isso sugere que a criminalização (ato de culpabilizar e castigar) é injusta porque sua estrutura desconsidera toda e qualquer variante na vida social do autor da transgressão, além de desconsiderar também os diferentes “significados” daí gerados; é, ainda, incapaz de observar essas variantes e lidar com elas, pois sua estrutura obriga uma visão limitada a partir daquilo que é codificado, sintético e abstrato, que não necessariamente corresponde à situação-problema, e cujas respostas não são eficientes nem realistas.

Outra questão exposta é que os eventos problemáticos que chegam à justiça criminal são uma porção pequena daqueles eventos criminalizáveis que efetivamente ocorrem na sociedade, o que se torna um problema. Hulsman (1997) aponta que, originariamente, os criminologistas analisavam as estatísticas dos crimes a partir do plano do tribunal, no entanto, percebeu-se que muitos eventos criminalizáveis não passavam da esfera policial e, portanto, não chegavam à justiça criminal – por diversas razões. Isso leva à chamada *cifra oculta*, que corresponde aos eventos problemáticos que existiram e não chegaram à justiça criminal e que houvesse sua apreciação. O resultado prático disso é que “a criminalização efetiva [a pequena porção que chega à justiça criminal] é um evento raro e excepcional” (HULSMAN, 1997, p. 203).

Ainda nessa linha de raciocínio, Karam (1997, p. 67) diz que o sistema penal é feito para as excepcionalidades e ele não se destina a criminalizar (processar penalmente) todos os eventos criminalizáveis que ocorrem na sociedade. Ela chama atenção para comportamentos que podem acontecer vez ou outra na vida com qualquer um e que se configuram como condutas criminosas: seja um pequeno furto, seja a compra de um produto de origem duvidosa e por um preço duvidoso, ou ainda as corriqueiras cópias reprográficas não autorizadas de materiais com direitos autorais, ou dos não raros downloads ilegais de arquivos realizados na internet.

Não é porque eventos criminalizáveis (tipificados) não foram “lidados” pela polícia ou por uma ação na justiça criminal que não foram resolvidos ou abordados por aqueles diretamente envolvidos. As formas de abordar as situações-problema podem ser tratadas fora da justiça criminal, numa possível solução extraoficial, talvez até na seara cível do judiciário;

determinadas situações-problema (caracterizadas como crime) muitas vezes passam longe de ser um problema de competência da justiça criminal, como o caso do aborto ou da criminalização das drogas – mais próximo de um problema de saúde pública ao invés de criminal.

Neste escopo, Hulsman (1997) assim como Karam (2004) sugere que a justiça criminal não cumpre efetivamente seu objetivo de combater a criminalidade de forma global (se fazendo aplicar para todos, como diz a lei), o que torna a justiça penal e a persecução penal como algo excepcional. Além disso, ao condenar penalmente alguém por alguma conduta criminosa, a justiça criminal, seletiva que é, mais produz ou agrava problemas do que os soluciona.

2.3 O Abolicionismo de Mathiesen

Em harmonia com o que pensa Hulsman sobre a justiça criminal não ser capaz de lidar com a vítima da mesma forma que lida com o “agressor”, os autores Mathiesen e Hjemdal (2016, p. 143) também advogam pelo abolicionismo, sustentando que essa relação (*vítima x ofensor*) deve sofrer mudanças no sistema penal. Isso porque a vítima “pouco ou nada ganha com a política criminal vigente”, a não ser uma rápida sensação de vingança quando do aprisionamento do ofensor. Sobre isso, declinam Mathiesen e Hjemdal os argumentos de que

to use the victim as an argument for a more repressive policy misses the target completely, not only because it does not help the victim to have the offender imprisoned, but also because the large majority of victims are out of reach of present-day criminal policy. (MATHIESEN; HJEMDAL, 2016, p. 144).

Quer dizer, os autores afirmam que prender o ofensor não ajuda em nada a vítima; apontam que a reparação/compensação delas está longe das propostas político-criminais, e que essa política erra o alvo ao apontar para o ofensor ao invés da vítima. Desta forma, alterando as políticas criminais e dando a devida atenção à vítima, seria possível uma alteração bruta dessa política, representando uma abordagem abolicionista dela (MATHIESEN; HJEMDAL, 2016, p. 145). Propõem eles, ainda, que ao invés de operar uma escala de punição para o ofensor, deveria ser operada uma escala de ajuda ao prejuízo sofrido pela vítima.

Mathiesen e Hjemdal, ao dizer que a política criminal precisa dessa guinada, sugerem diretrizes alternativas, como a restauração de *forma simbólica*, protagonizada pela “simpatia institucionalizada”, com “formas mais fortes de reabilitação da honra por meio de conversas públicas ou pessoais”, de modo que estejam o ofensor e vítima juntos; ou a restauração de forma material, de forma que o ofensor pudesse compensar os danos materiais sofridos pela vítima – a exemplo dos crimes contra a propriedade, coisa que não seria possível se o ofensor estiver preso. Longe de querer esgotar as possibilidades ou de objetivar propô-las, sugerem um pensamento “fora da caixa”, no qual o Estado poderia contribuir para as soluções de problemas que envolvam dano ou perda de patrimônio. Ou seja, nos casos em que as vítimas tivessem prejuízo acima de determinado montante, utilizar-se-ia do orçamento outrora destinado ao - custoso – sustento do punitivismo³⁷ e às instituições prisionais – que só crescem e se multiplicam.

2.4 O Abolicionismo de Nils Christie

Contribuindo com a teoria abolicionista, o norueguês Nils Christie aponta sérias críticas ao sistema penal, convergindo em muito com os pensamentos de Hulsman e Mathisen, conquanto haja divergências. Apesar de muito próximo do minimalismo penal - por defender a excepcionalíssima aplicação do direito penal em casos singulares³⁸ (JUNIOR; DUTRA; AZEVEDO) - Christie diz que o modelo tradicional de justiça criminal é uma “imposição intencional de dor” e que se deve “olhar para alternativas à punição, e não punições alternativas”. Consoante pensam Hulsman e Mathiesen, Christie também defende que a resolução do conflito deve ser feita não por terceiros – juízes, promotores -, mas pelos diretamente envolvidos, que são vítima e ofensor (DANIEL, 2014).

Em que pese ainda defender a lei penal, Christie (2011), flertando com alguns argumentos abolicionistas, diz que “se desejamos preservar a humanidade, a pena não pode ser retribuição”, e que a lei penal tem “duvidosa utilidade para criar a paz social” (2011, p. 126). Semelhante às ideias de Hulsman anteriormente expostas, Christie destaca ainda alternativas ao sistema punitivo, advogando pela tese de que essa lógica deve ser superada.

³⁷Sobre isso, são anunciadas construções de prisões federais e instalação de bloqueadores de sinais de celulares pelo governo brasileiro, com o orçamento total de quase R\$ 200 milhões; ou ainda a destinação de R\$ 1,8 bilhões de verbas federais em repasses para as unidades prisionais estaduais e municipais para construções ou reformas de prisões. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2017/01/temer-anuncia-construcao-de-cinco-presidios-federais>. Acesso em: 10/06/2019

³⁸Para Christie, em certos casos, “a única medida cabível seria afastar o indivíduo do convívio social (JUNIOR, O. A. B.; DUTRA, L. C. M.; AZEVEDO, R. G.; apud ACHUTTI, 2014, p. 104)”

Ao seu ver, a lei penal se mostra como um “instrumento apenas parcialmente para descrever o que aconteceu no passado” (2011, p. 27). Isso porque a lei penal não trata de auxílio ao futuro, de modo que, tendo seu foco num fato passado, em nada contribui para uma solução efetiva de um dano causado.

Em uma perspectiva que fuja das amarras puramente punitivas, Christie (2011, p. 46) propõe trazer a resolução dos conflitos baseados na reparação da vítima e da mediação desta com o agressor. Ele esboça a chamada *neighbourhood court* (justiça comunitária), que transfere a mediação do conflito para um campo mais familiar, ao invés do campo ostensivo e hostil da justiça criminal, com “tribunais” feitos pelos componentes da comunidade onde ocorreu o evento problemático, onde os valores sociais dali sejam levados em conta para a conciliação/mediação e eventual julgamento.

2.5 Perspectivas Abolicionistas

Ainda na perspectiva da superação do sistema penal e em conformidade com o raciocínio de Karam (2004), tem-se que a propaganda do sistema penal apresenta ele como um “produto-serviço” com propriedades como a igualdade perante a lei, a segurança e a punição do criminoso como realização da justiça. No entanto, cai por terra quando o que se observa na realidade é uma intervenção necessariamente seletiva, se dirigindo aos membros das classes subalternizadas, dos excluídos e dos desprovidos de poder, o que é facilmente constatado bastando “uma olhada para dentro dos muros e grades das prisões”. Não obstante esse perfil pré-selecionado, não há embargo a um eventual “sacrifício” de membro da classe dominante, pois com isso se legitima o sistema penal, ao passo que oculta o seu papel de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação (KARAM, 2004).

Construída pela classe dominante, o sistema penal exclui da sociedade indivíduos indesejáveis – como dito anteriormente –, atuando como um controle da pobreza (criminalizando-a), causando-lhes dores e estigma. Essas evidências que tornam o sistema penal problemático devem ser levadas em consideração para seu questionamento e “desnaturalização”, para quebrar a lógica ontológica do crime e observa-lo como uma construção social que, por ser mais maléfica que benéfica, precisa ser superada.

Nesse sentido, e indo mais longe, Mastrodi (2014) aponta críticas aos abolicionistas (em especial Hulsman e Christie) por que eles entendem que o sistema penal é um mal em si

mesmo sem que reconheçam que esse sistema é fruto do modo de produção capitalista, de modo que a abolição do sistema penal não iria eliminar as demais formas de injustiças nem as raízes das desigualdades. Mastrodi diz que, para Husman e Christie, é como se a abolição do sistema penal resolvesse também todas as demais consequências do sistema capitalista, de forma que, ainda segundo Mastrodi, todas as mazelas do sistema penal (seletividade, criminalização da pobreza, controle de classe, estigmatização) são condicionadas pelo modo de produção capitalista.

Apesar de uma eventual superação do sistema penal, as injustiças sociais continuariam existindo, pois ainda restaria vigente aquele modo de produção. De que adianta superar uma forma específica (a justiça criminal) do modo de produção capitalista se é este que é o maior causador das situações problemáticas, das injustiças, desigualdades e conflitos? Nesse sentido, Mathiesen, divergindo de Hulsman e Christie, reconhece a estreita ligação entre o modo de produção capitalista e o sistema penal, afirmando que a abolição desse sistema está intimamente ligada à superação de todas as estruturas repressivas da sociedade³⁹ (BELUSSO JUNIOR; DUTRA; AZEVEDO, 2016).

Karam afirma que a falsa solução produzida pelo sistema penal “além de ineficaz e inútil, causa dores e sofrimentos desnecessários, seletiva e desigualmente distribuídos, incita a produção de violência, explorando o medo” (2004, p. 102); o sistema penal, por todo exposto, só cumpre com um objetivo: castigar e disseminar violações e violências.

Seguindo o pensamento de Mathiesen de que o sistema jurídico – mais especificamente o direito penal – é inerente às formas capitalistas, não há como superar as mazelas do sistema penal nem das desigualdades sociais sem a superação não só desse sistema, mas do jurídico como um todo, por ser eminentemente burguês, construído pela e para a classe dominante. Com efeito, Mastrodi (2014, p. 170), citando Pachukanis⁴⁰, adotando um pensamento mais radical, diz que por mais que o sistema penal seja substituído por outro modelo de solução de conflitos, ainda será este condicionado pelas relações capitalistas, de modo que o fenômeno jurídico tal qual conhecemos ainda continuará sustentando este modo de produção que corresponde à fonte da desigualdade social, razão pela qual a sua raiz (o direito burguês) deve ser superada como um todo. Assim, “o caminho para Pachukanis seria a

39 Isso pois, de acordo com Junior, Dutra e Azevedo, Mathiesen parte de uma matriz nitidamente marxista (JUNIOR; DUTRA; AZEVEDO, 2016; *apud* ZAFFARONI, 2001, p. 99).

40 Evgeni Pachukanis é um jurista marxista que interpreta o fenômeno jurídico como sendo fruto do capitalismo, tecendo críticas e apontamentos ao sistema jurídico em sua obra-chave *A teoria do direito e o marxismo*, em 1924.

superação das relações de produção capitalistas e não a abolição de uma parte” (MASTRODI, 2014, p. 170) – a justiça criminal.

Mister ressaltar que o que pretende o abolicionismo não é a aceitação ou tolerância da conduta problemática (ou criminosa), nem advoga-se pelo afastamento da percepção negativa e reprovável de tais condutas/agentes. Assim, o abolicionismo, segundo Andrade (2012), não implica a ausência de controle social, nem abrir mão de se resolver os conflitos – eles devem ser resolvidos. Citando Zaffaroni, ela diz que “é evidente que a política abolicionista requer um modo de pensamento estratégico, cujo ponto de partida é uma situação concreta; por este motivo a ação abolicionista é sempre local” (ANDRADE, 2012, p. 264). Ela diz que deve-se ter em mente um horizonte (por mais utópico que seja) mais justo e pelo qual devemos nos direcionar, pensando noutras soluções, noutras abordagens.

Nesta perspectiva, Andrade (2012) ressalva que não há como pensar uma receita totalizadora e pronta do que seria uma nova sociedade sem prisões ou sem o sistema penal. Por isso que, como vimos antes, Hulsman aponta que cada conduta problemática deve ser pensada a partir de sua particularidade para que seja solucionada, preferencialmente entre os diretamente envolvidos, horizontalmente na comunidade na qual se inserem, ao invés de verticalmente e com o poder punitivo instrumentalizado pelo Estado.

Pensando em que forma poderia superar a lógica do direito penal, Karam diz que “estas substituições poderiam se dar por um controle social informal, exercido por organismos como a família, a escola, as igrejas, os clubes, as associações, etc.”, pois continuar com o rigor punitivo do sistema penal vigente é “somar ao dano do crime a dor da pena” (2004, p. 104). Para tanto, por mais difícil que seja, diz Karam (2004) que é preciso romper com a irracionalidade do sentimento de vingança (por mais humano que seja), trocando-o pela compreensão ou até perdão; deve-se substituir a pena por soluções conciliatórias, compensatórias, assistenciais, abolindo o destrutivo sistema penal. É necessário romper a dicotomia que divide as pessoas em “boas” e “más”, romper com o processo de demonização do sujeito transgressor, bem como com o monopólio do rigor punitivo estatal, de modo que construamos uma sociedade efetivamente horizontal, justa, livre, sem prisões e sem dores.

CAPÍTULO 3 – Os Problemas em Torno da Criminalização da LGBTfobia

Feitas as discussões acerca da função do sistema penal, sua ilegitimidade para combater as condutas criminosas e os efeitos colaterais por ele trazidos, passemos a fazer uma leitura do processo de criminalização da LGBTfobia, tão reivindicado pelos movimentos sociais que lutam pelos direitos das pessoas LGBTs. Há que se reiterar que partimos do pressuposto de que o sistema penal não se mostra como um meio eficiente no combate às condutas LGBTfóbicas.

Levaremos em consideração, sobretudo, a aprovação pelo Supremo Tribunal Federal da criminalização da LGBTfobia por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº 26) e o Mandado de Injunção 4.733, decisão essa que utilizou a Lei do Racismo (Lei 7716), levantando inquietações e discussões do que isso pode significar ou ter como consequências.

Inicialmente, traremos uma breve discussão para entender em que consiste a violência LGBTfóbica. Entenderemos que essa é a razão pela qual a maior parte do movimento LGBT reclama sua criminalização como medida de urgência para salvaguardar a integridade desse público. Visualizaremos medidas aliadas a uma perspectiva abolicionista que poderiam contribuir com mais eficiência e segurança para o combate às referidas condutas. A temática que esse trabalho se inspira, como diz Salo de Carvalho (2014), trata de uma aproximação entre a teoria *queer* e criminologia crítica, criando uma nova perspectiva criminológica (criminologia crítica *queer*⁴¹). Em outras palavras, trata-se de um “enfoque específico nesse amplo objeto de estudo criminológico: o enfoque LGBT”(LEMOS, 2017, p. 165).

3.1 A violência LGBTfóbica e as reivindicações dos movimentos LGBTs

É notória a preconceituosa e crítica realidade vivida pelos homens gays, mulheres lésbicas, pessoas bissexuais, travestis, transsexuais, queers, e demais componentes da sigla LGBTQI+. Outrora chamada de *homofobia*, a violência LGBTfóbica passou a ser nomeada

41 Segundo o próprio autor, *queer* significa, como adjetivo, esquisito, estranho; como substantivo, é traduzido como homossexual. No entanto, pode trazer conotações homofóbicas, tais como “veado”, “bicha”. Carvalho diz ainda que a criminologia *queer* pode ser traduzida de diversas formas, como criminologia estranha, criminologia homossexual, criminologia gay, entre outras.

como tal para abranger os demais elementos da diversidade. Tratam-se de violências sistêmicas causadas principalmente pela aversão e ódio ao outro que é visto como “desviante” ou “anormal” no que se refere ao seu gênero e/ou sexualidade; são violências que perpassam a agressão verbal, moral, física e culminam muitas vezes na morte; elas vão das mais sutis às mais brutais.

Como bem dito no tópico introdutório deste trabalho, a população LGBT brasileira é a que mais morre quando comparada com outros países, a nível mundial, com nada menos que 868 mortes em oito anos (2008 a 2016); o público LGBT brasileiro sozinho corresponde a 39% do número dessas mortes (de um total de 2.190)⁴². O Grupo Gay da Bahia⁴³ (GGB), no relatório de 2018, contabilizou o total de 420 mortes dessa coletividade naquele ano. Isso após atingir o número recorde de 445 mortes em 2017. Em razão disso, a criminalização da LGBTfobia é reclamada para coibir as agressões que assombram o referido público.

Para entender esse tipo de violência, autores como Salo de Carvalho utilizam os padrões hegemônicos da heterossexualidade e cisgeneridade⁴⁴ para entender a violência que deles decorre. Estes são as referências por excelência à qual as outras formas de ser e de se expressar, em tese, se subordinam. São os padrões “naturais” ou “normais” da sexualidade e do gênero – tornando anormal ou desviante tudo aquilo que deles escapa. Citando Junqueira, Salo de Carvalho aponta que a “*homofobia*”⁴⁵ pode ser entendida para referir as situações de preconceito, discriminação e violência contra pessoas (homossexuais ou não), cujas performances ou expressões de gênero (gostos, estilos, comportamentos, etc.) não se enquadram nos modelos hegemônicos postos” (CARVALHO, 2014).

O desdobramento da violência homofóbica são os crimes de ódio baseados no preconceito e na discriminação. Salo de Carvalho (2014, p. 265) aponta que os crimes homofóbicos são aquelas “condutas ofensivas a bem jurídicos penalmente protegidos motivadas pelo preconceito ou discriminação contra pessoas que não aderem ao padrão heteronormativo”. De acordo com Roberto Efrem Lima Filho (2016), é o movimento LGBT que qualifica a violência LGBTfóbica como sendo um crime de ódio, e que é marcada pela brutalidade. Apesar de Lima Filho ressaltar que a *homofobia*⁴⁶ recusa qualquer identificação fácil, o movimento tem em mente que naquele complexo de motivações ou mesmo o *modus*

42 Isso de acordo com a Transgender Europe, com dados levantados num relatório realizado em 2016.

43 O Grupo Gay da Bahia é uma associação de defesa de direitos humanos LGBTs no Brasil, sendo a mais antiga do segmento, atuante desde 1983.

⁴⁴ Cisgênera é aquela pessoa que se identifica com o sexo ao qual lhe foi atribuído ao nascer. É o oposto de transgênera, que não se identifica com o seu sexo, passando a se entender como sendo do sexo oposto.

45 Nesse caso, podemos entender homofobia como sinônimo de LGBTfobia.

46 Aqui sinônimo de LGBTfobia.

operandi que levam o agressor ao crime traz marcas da rejeição, ódio e aversão àquilo que se mostra diverso da heteronormatividade ou cisgeneridade - do que se compreende como “normal”, a dualidade *homem x mulher*. O movimento LGBT diz que um crime é homofóbico (ou LGBTfóbico) porque, como constatado por Lima Filho (2016), grande parte das mortes de LGBTs envolvem genitais decepados, dezenas de facadas, ou até mesmo corpos crucificados – para “expurgar” a condenação daquele público caído no pecado.

Os crimes que são reclamados como LGBTfóbicos pelo movimento LGBT se confundem, no discurso oficial do Estado, com práticas criminosas de outras ordens, como a do envolvimento com drogas, prostituição e crimes patrimoniais, de modo que não é simples o enquadramento desses crimes como sendo especificamente crime de ódio em razão da discriminação ou preconceito. No entanto, se há algo que traz uma marca da LGBTfobia é a já mencionada brutalidade, pois não basta atingir o óbito da vítima, é preciso desferir 106 facadas (com 52 no ânus)⁴⁷, ou vários disparos de arma de fogo, espancamento e ter o cabelo raspado colocado numa sacola plástica junto com enchimento dos seios⁴⁸. Dessa forma, observa-se que é “nos interstícios do excesso e do inexplicável que a homofobia se constrói (2016, p. 326), ou seja, os corpos brutalizados (LIMA FILHO, 2016) das vítimas são a chave de inteligibilidade que identifica um crime como sendo LGBTfóbico.

Como vem sendo aqui falado, isso é não pode ser menos que produção e reiteração das relações de dominação (decorrente da hegemonia heteronormativa/cisnormativa) em face de um sujeito dominado (LGBT; “desviante”), numa relação de poder. Como consequência última (e visível) dessa relação, observamos as agressões à integridade moral, física ou à vida do seu público alvo – em razão de sua forma de ser. Em suma, essas agressões são sintomáticas daquela estrutura cisgênera e heteronormativa que é produzida e sustentada pelos agentes sociais. A efetivação do crime de cunho LGBTfóbico se consome ou só possui determinado *modus operandi* porque existe uma cultura de aversão, preconceito, ódio e discriminação em face da diversidade de gênero e sexualidade.

Com isso, é possível, por ora, compreender que o crime LGBTfóbico possui raízes culturais e históricas produzidas e reproduzidas pelos agentes sociais, que se concretizam/culminam nas agressões como consequência última. Como forma de combater o

47 Manoel Bernardo dos Santos era bissexual. Os acusados saíram com a vítima e queria duzentos reais, entretanto ele só deu 50, depois disto eles desferiram 106 facadas na vítima, sendo 35 no ânus e o restante pelo corpo. Relatório de Assassinato de LGBTs na Paraíba entre 2013-2014, p. 10.

48 Travesti de cor parda e ensino médio incompleto, de nome social Sara Cristina, foi assassinada com disparo de arma de fogo na cabeça e marcas de espancamento pelo corpo, com o cabelo raspado e colocado em uma sacola plástica, junto com o enchimento para seios. Relatório de Assassinato de LGBTs na Paraíba entre 2013-2014, p. 18.

agressor homo-lesbo-bi-transfóbico, parte significativa do movimento LGBT⁴⁹ - de forma legítima - em lutas históricas, a nível nacional e internacional, busca incessantemente criminalizar as condutas em comento como forma de salvaguardar a vida, a integridade física e psíquica dos sujeitos-alvo, sendo uma medida fortificante para o grupo e igualmente compreensível. Contudo, adotamos a avaliação de Andrade (1996) - acerca das similares reivindicações dos movimentos feministas pela utilização do sistema penal para proteger seu público -, no sentido de que “é louvável pelas boas intenções e pelo substrato histórico” que se grite pela criminalização, porém isso “parece encontrar-se, nessa perspectiva, imerso na reprodução da mesma matriz (patriarcal e jurídica) de que faz a crítica”.

Diante do que foi trabalhado nos capítulos anteriores, surgem inquietações e questionamentos, tais como é possível mesmo dizer que a vítima (LGBT) será a preocupação da justiça criminal, tendo em vista que ela é, em tese, o sujeito a ser tutelado pelo direito penal? Considerável parte movimento LGBT indica que a tutela é necessária para proteção simbólica e efetiva da vítima. Mas a criminalização vai fazer com que a LGBTfobia realmente diminua? Sabe-se que poderá gerar uma desestabilização da cultura LGBTfóbica, mas não traz justiça efetiva para o público LGBT. No que concerne ao agressor, não é a imposição de um castigo doloroso, vindo de um sistema que não o reeduca, que a LGBTfobia vai cessar. A justiça criminal não só não combate a LGBTfobia, como suas consequências para o agressor são maléficas, tanto no corpo quanto no seu estigma.

Para Hulsman (1993), Christie (2011) e Mathiesen (2016), a vítima não é o foco da justiça criminal e isso representa um dos seus principais problemas e uma das razões da ineficiência do sistema penal. Como trabalhado no segundo capítulo, Mathiesen (2016) diz que com essa política criminal a vítima pouco ou nada ganha, a não ser uma efêmera sensação de vingança ou “justiça” (entre muitas aspas) quando do processo ou condenação do agressor. Apontando para o ofensor ao invés da vítima, essa política criminal erra o seu alvo. É nesse sentido que ele ainda propõe, ao invés de uma escala de punição para o agressor, uma escala de ajuda para as vítimas.

Se a face mais obscura da LGBTfobia representa as mortes das suas vítimas, qual o contexto que favoreceu aquela vulnerabilidade? Ante o que observamos, as zonas periféricas e noturnas que fazem parte da vida/morte das vítimas são as zonas de onde tiram sua subsistência. É mudando esse contexto (campo fértil para crimes LGBTfóbicos) que se transforma com eficiência essa realidade sangrenta. Com foco na vítima e em sua reparação, e

49 No Brasil, um dos movimentos LGBT mais conhecidos é o Grupo Gay da Bahia; a nível Estadual, o Movimento Espírito Lilás assume protagonismo na luta por direitos LGBTs na Paraíba.

não no evento problemático e na punição, que se altera o cenário de mortes que observamos. A prevenção, como dizem Hulsman (1993), Christie (2011) e Mathiesen (2016), deve ser o norte de uma política eficiente de combate às situações-problema.

Ainda nesse sentido se posiciona Hulsman ao dizer que a vítima representa uma mera “ferramenta para levar procedimentos legais a um fim com sucesso” (1997, p. 200). Isto é, como dito anteriormente, a vez/voz da vítima só se faz presente até o momento da prestação de seu depoimento na esfera criminal, sendo posteriormente descartada. Ela é um mero instrumento probatório para levar adiante um processo que não vai ajuda-la em nada, mas simplesmente focar no agressor e na sua punição – fazendo acreditar que isso resolve ou soluciona a situação problemática vivida entre aqueles envolvidos – sobretudo a vítima. E isso se aplica a todos os casos e eventos. A vítima, que deveria ter especial atenção, não tem voz para eventual chance de reparação ou compensação.

Por outro lado, se o que observamos é um clamor pela punição do agressor LGBTfóbico, caímos no ilusório discurso de que o sistema penal é eficaz mecanismo no combate ao contexto violento que observamos em tela. Pensar na punição como instrumento tutelar implica na produção de dor corporal da sua clientela. Implica na legitimação do discurso produzido pela classe dominante. Relegitima esse estado de inconstitucionalidade aberta (ANDRADE, 2014) e estruturado pela seletividade que é o sistema penal. Nesse sentido, diz Andrade que

A seletividade é, portanto, a função real e a lógica estrutural de funcionamento do sistema penal, comum às sociedades capitalistas patriarcais. E nada simboliza melhor a seletividade do que a clientela da prisão, ao revelar que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade – a criminalização – incide seletiva e de modo estigmatizante sobre a pobreza e a exclusão social, majoritariamente de cor não branca e masculina, e apenas residualmente (embora de forma crescente) feminina (2014, p. 137-138).

Sem querer simplificar as complexidades que perpassam as relações de gênero, sexualidade e demais discussões concernentes, o que pretendemos por ora, é traçar um panorama geral do que pode ser compreendido por LGBTfobia, bem como das implicações em se criminalizar a LGBTfobia. Também não pretendemos panfletar um plano de combate à referida cultura, basta, aqui, constatarmos que ela existe (assim como a vulnerabilidade daquele grupo) e que precisa ser combatida. Mais do que aquelas agressões, a cultura LGBTfóbica⁵⁰ também precisa ser extinta.

50 Aqui incluem-se as formas de pensar e agir sexistas, bem como a imposição do padrão cisgênero e heteronormativo, que repugnam a diversidade.

Para tanto, há que se fazer uso de todas as ferramentas disponíveis, institucionais ou informais, ou ainda que seja pela via da educação, do direito, do diálogo, ou instrumentos outros que possibilitem amenizar o problema. Feitas essas ressalvas, passaremos a analisar as implicações no âmbito social, jurídico e do sistema penal da utilização do sistema penal (criminalização da LGBTfobia) como forma de combate a essa violência. É perguntar: qual a implicação em se criminalizar o agressor LGBTfóbico?

Assim como colocado neste trabalho e como bem aponta Andrade (1996), o sistema penal – sobretudo o sistema penitenciário – vem apresentando sintomas evidentes de uma crise – talvez, inclusive, projetada e proposital. Deste modo, é no mínimo duvidoso esperar que o sistema penal seja um mediador eficiente ou competente para amenizar o mal da LGBTfobia, e que pelo contrário, irá produzir mais problemas ou males do que trazer soluções. Assim, pensamos que, erroneamente, a criminalização trata apenas dos sintomas de um tipo específico de ódio e preconceito, ao invés das raízes e causas deles, de forma que se mostra insuficiente a criminalização do agressor para combater esse tipo de violência.

Como bem coloca Foucault, uma eventual detenção (por exemplo, em um crime LGBTfóbico) pode provocar o fenômeno da reincidência, levando em consideração que “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta” (2010, p. 251). Enquanto a causa/raiz do problema não for combatido de forma segura e eficiente, a punição dos agentes (mero sintoma) não parece ser suficiente para combater essa violência.

Num país cuja reincidência nas prisões gira em torno dos 70%, torna-se difícil pensar que a prisão ou o sistema penal ressocializam seus clientes. Essas sintomáticas falhas apresentadas pelo sistema demonstram que as causas delas não estão em outra coisa senão no próprio sistema. A alta reincidência, a seletividade do sistema penal e seu equivocado pressuposto de prevenção do crime, além das demais falhas comprometedoras da ressocialização, expõem a deficiência do sistema. Pior ainda, autores como Loic Wacquant⁵¹ que essas falhas tratam-se, na verdade, de um projeto preordenado de gestão da pobreza, o que o torna ainda mais perverso. Nesse sentido, Andrade (2014) constata uma eficácia invertida nas reais funções da prisão, contradizendo suas funções declaradas, pois

51 Em sua obra *As Prisões da Miséria*, Wacquant diz que o governo/administração da miséria atua diretamente sobre as classes operárias e negros e pobres por meio da criminalização delas. Segundo ele, a lógica de exclusão da prisão faz do gueto seu instrumento e produto desde a sua origem histórica (1999).

sabemos que há tanto um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial (do qual resulta sua grave crise de legitimidade) quanto o cumprimento de funções latentes inversas às declaradas. (...) enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema), porque não são e não podem ser cumpridas, o sistema penal cumpre, de modo latente, outras funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade (2012, p. 135).

A reclamação pelo Movimento LGBT por mais direito penal, pela sua capilarização ou democratização de modo a tutelar a pessoa LGBT, como vimos, superinfla um sistema que não dá conta de coibir todas as práticas (ou nem todos os agressores) configuradas como crime (ou como criminosos). Por esse ângulo, como dito no capítulo anterior por Hulsman, o sistema penal não foi feito para dar conta de todos os eventos problemáticos, posto que “a criminalização efetiva [a pequena porção que chega à justiça criminal] é um evento raro e excepcional” (HULSMAN, 1997, p. 203). Então esse sistema atua seletivamente, preferencialmente com o perfil que historicamente vem sofrendo mais acentuadamente com sua violência – o perfil preto, pobre e periférico. Sobre aqueles eventos que o sistema penal tenta dar conta, temos como consequência imediata a superlotação das prisões tal qual observamos; e se se tenta dar conta do superencarceramento, soma-se à esta bola de neve a construção de mais e mais prisões, com as subsequentes violações de direitos básicos dos aprisionados.

A seletividade penal nos crimes LGBTfóbicos é constatada por Lemos (2017, p. 230-231), ao trazer o caso dos três processos que tiveram condenação e que tem a homofobia como uma das motivações do crime. Das três sentenças condenatórias, duas tiveram condenados pretos, pobres e periféricos. Tratava-se o primeiro processo de um médico (Aleixo) e o outro de um engenheiro (Luciano), ambos assassinados, segundo Lemos, por motivos homofóbicos em crimes de homicídio e latrocínio; ambos fugiam à regra das estatísticas de assassinatos, por serem vítimas brancas e de classe média. Orlandinho e Amaral, em seus respectivos processos, foram condenados a 15 anos de reclusão, e o outro teve sua pena-base fixada em 20 anos. Diferentemente das vítimas, os condenados Orlandinho e Amaral ainda faziam parte da clientela do sistema penal – eram pretos, pobres e periféricos. É esse o público que de forma seletiva continuará sendo cliente do sistema penal, a despeito da classe ou raça da vítima.

Consigne-se que o que estamos dizendo aqui não é que o movimento LGBT pleiteie o direito penal máximo, mas que suas reivindicações (pela criminalização) se alinham àquele discurso dominante; na melhor das hipóteses, por mais que não seja intenção, dialoga-se com

o discurso punitivista, que, como consequência, legitima a seletividade do sistema penal e suas demais incongruências, problemas e violências. Como percebe Andrade (1996, p. 46), é paradoxal a demanda de um movimento essencialmente progressista por um sistema essencialmente conservador.

Impende destacar que, similarmente ao que Andrade⁵² diz sobre os movimentos feministas⁵³ observamos que, no caso do movimento LGBT brasileiro, é o aspecto simbólico do direito penal. Nesse sentido, sua reclamação simbólica e de forma emergencial corresponde, segundo o movimento, a uma luta por sobrevivência, por manutenção da sua integridade física, respeito à honra e à dignidade humana da pessoa LGBT. Por outro lado, como dito antes, é inegável os efeitos “invertidos” (ANDRADE, 1996) produzidos pelo sistema penal, apesar de ser um grito louvável do movimento e das suas boas intenções. A utilização emergencial e simbólica do direito penal maquia e oculta “a ausência de políticas públicas sérias, realistas e comprometidas com o meio social” (GUIMARÃES, 2013, p. 7).

O Estado, ao invés de empenhar-se em garantir cidadania digna, igualdade de oportunidades e comprometimento com o público LGBT, delega ao sistema penal a função de combater esse problema estrutural e profundamente enraizado na cultura. Isso quando, diferentemente, poderia o Estado promover uma educação (meio mais seguro e eficiente, apesar de mais difícil implantação) em gênero e sexualidade ou direitos humanos em lugar do sistema penal de emergência, como se solucionasse o eixo do problema.

Como bem falado por Lima Filho (2016) e Lemos (2017) em seus extensos trabalhos sobre as relações constitutivas da violência LGBTfóbica em casos emblemáticos, constatou-se que ela (violência de gênero/sexualidade constituinte da LGBTfobia) perpassa classe e raça, de modo que é o sujeito preto, pobre e periférico que mais sofre com esse tipo de violência. Saliente-se, outrossim, que o relatório de mortes de LGBTs na Paraíba (2013-2014) formulado pelo Movimento Espírito Lilás reitera a informação de que a “expressiva maioria dos casos de homicídio acontece em locais de subsocialização”. Devido à dificuldade em se ter acesso ao trabalho formal, é extremamente comum que travestis e transexuais recorram à prostituição como meio de subsistência⁵⁴, tendo em vista que a grande maioria delas foram expulsas de casa em razão da sua transsexualidade. À semelhança do sistema penal, é

52 Andrade refere-se ao fato do movimento feminista reclamar o direito penal como forma de tutela. Apesar de tratar do movimento feminista, é possível, a partir disso, compreender por analogia as pautas do movimento LGBT.

53 Parcela significativa dos movimentos feministas demandam o direito penal como instrumento punitivo para o controle das agressões de cunho sexista.

54 De acordo com a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra), 65% das travestis assassinadas no Brasil em 2018 são prostitutas, sendo que 60% delas foram mortas na rua.

extremamente incômodo para nós o dado de que é sempre o sujeito preto, pobre e periférico (e no caso LGBT, as trans) que historicamente vem mais sofrendo com todos os tipos de violências, em todos os âmbitos. Diga-se de passagem, no sistema penal também não é diferente⁵⁵.

Aduzimos com isso que uma das causas (se não a principal) que inflama e instiga o contexto de mortes de pessoas LGBT é a presença da classe pobre nos números. De forma indissociável se faz presente a raça negra, que também corresponde à maioria das mortes – a maioria das pessoas trans mortas são negras⁵⁶ e periféricas. Os indícios trazidos por esse contexto denotam um problema de desigualdade social, que envolve raça e gênero e sexualidade, bem como denota ausência ou carência de oportunidades na sociedade.

Diante disso, resta uma inquietação: como se fazer valer de um sistema que mais produz males ao invés de se investir (ou reivindicar) em políticas públicas ou políticas afirmativas para que esse grupo saia da zona da desigualdade e da pobreza? E se aquelas travestis mortas estivessem na universidade?⁵⁷ Ou se tivessem renda satisfatória? Como bem dito, somando-se a políticas afirmativas, a educação representa um forte elemento para a mudança desse contexto.

O que se quer dizer é que auferindo oportunidades, investimentos ou políticas inclusivas ao LGBT em situação de vulnerabilidade, ele sairia daquela zona-alvo da violência⁵⁸ na qual a LGBTfóbica se faz incidir com mais brutalidade. Realocando esse grupo do campo-alvo para a educação ou mercado de trabalho, diminuir-se-ia consideravelmente os crimes de ódio direcionados a esse público. Assim, evitar-se-ia a violência do sistema penal para combater o agressor homo-lesbo-transfóbico; desse modo, pensamos que não é criminalizando e punindo o agressor que se solucionará (ou que diminuirá) a violência sofrida pelo público-vítima.

Na perspectiva dessa política preventiva, que, como bem colocado no capítulo anterior, corresponde a uma das chaves do abolicionismo, o enfoque deve ser na vítima e nas suas vulnerabilidades. Isto é, parece-nos que é providenciando aqueles LGBTs em situação de

55 Nesse sentido, ver Violações dos Direitos Humanos da População LGBT no Sistema Prisional de João Pessoa – PB, Trabalho de Conclusão de Curso elaborado por Gabriela Ramos Bezerra, pela Universidade Federal da Paraíba.

56 Ainda segundo dados da ANTRA, realizado em convênio com o Instituto Brasileiro Trans de Educação (IBTE), 163 pessoas trans foram assassinadas no Brasil em 2018. De acordo com o relatório, a cor alvo desses crimes é a preta ou parda, que corresponde a 82% das mortes.

57 Conforme dados do Projeto Além do Arco-Iris/AfroReggae trazidos pelo Dossiê dos assassinatos e violência contra pessoas trans de 2018 (ANTRA/IBTE), apenas 0,02% das transexuais estão na universidade, 72% não possuem o ensino médio e 56% o ensino fundamental (Dados do Projeto Além do Arco-Iris/AfroReggae).

58 Locais de prostituição, ou zonas de vulnerabilidades de outras ordens como a falta de um lar, as dificuldades em se conseguir emprego, ou carência de educação.

vulnerabilidade que nos aproximamos da prevenção global das situações problemáticas (nesse caso, o crime de ódio). Dizemos isso porque, segundo Andrade (2012 p. 262), o abolicionismo pretende abolir tanto as instituições formais de controle, como a cultura punitiva, de modo a “superar a organização “cultural” e ideológica do sistema penal”. Ou seja, superando a organização cultural do sistema penal, deixando de recorrer à punição e pensando em outras formas de solução dos problemas, diminuimos a vida útil do referido sistema.

3.2 Considerações acerca da criminalização da LGBTfobia pelo Supremo Tribunal Federal

Como falado anteriormente, a recente aprovação pelo Supremo Tribunal Federal da criminalização da LGBTfobia foi amplamente apoiado pelos movimentos LGBT, feminista, negro e demais simpatizantes. Afinal, foi às duras custas que se logrou essa vitória do movimento. À luz do que observamos sobre o populismo punitivo, o discurso da impunidade e da punição como única saída viável no combate à crescente criminalidade parte de um pressuposto equivocado, que é o de que o sistema penal cumpre suas funções oficiais declaradas. A insegurança e o medo são canalizados nesse instrumento que, sem que se leve em consideração soluções preventivas, utiliza-se do puro castigo como mecanismo de combate.

No caso da criminalização da LGBTfobia, foi requerida a tutela penal do Estado para salvaguardar a vida dos componentes da sigla por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e um Mandado de Injunção⁵⁹. O deferimento da Corte reconheceu a mora legislativa, bem como utilizou da Lei do Racismo⁶⁰ para suprir a inércia do legislativo que, omissivamente, não tipificou até então crimes decorrentes da discriminação ou preconceito contra a pessoa LGBT. De acordo com o que consta dos autos, a decisão trata de um comando criminalizador da Constituição Federal de 1988⁶¹.

59 ADI 26 e MI 4733.

60 Tipifica crimes de preconceito e discriminação de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional (Lei 7716).

61 Por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”). Trata-se do Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 de 13/06/2019

Em um discurso aparentemente contaminado pelo que se entende ser a prática-discurso do populismo punitivo⁶², o ministro Luiz Edson Fachin sustenta a tese de que há “[...] na jurisprudência desta Corte [STF] e na das organizações internacionais de direitos humanos, um nítido mandado de criminalização das manifestações homofóbicas”. Pensamos que essa afirmação é perigosa.

Em tempos de punitivismo, é perigoso que a Suprema Corte do país gere precedentes como este. Isso pode abrir vias para que se crie cada vez mais crimes, superinflando mais o Estado penal. Como diz Douglas da Silva (2019), a criminalização por jurisprudência possibilita “uma abertura interpretativa que, num primeiro plano, até se mostra louvável, mas que, na mudança de contexto, poderá ser perniciosa ao extremo, inclusive em prejuízo daqueles que defenderam tal virada hermenêutica”.

Nesse sentido, Silva (2019) ainda continua problematizando a referida decisão ao perguntar: e se o STF criminalizasse, por exemplo, manifestações e protestos nas ruas ou protestos de greves que são consideradas ilegais pela Justiça do Trabalho como se fossem crimes de terrorismo? O que chamamos atenção é para o fato de que esse perigoso precedente gerado pelo STF, em vez de beneficiar as pautas de movimentos progressistas, pode ser utilizado contra elas.

Essa virada “progressista” (com muitas aspas) pode, eventualmente, se tornar uma virada conservadora, a chegar ao ponto (como consequência última não tão difícil de acontecer) de se criminalizar os movimentos sociais – como se terrorismo fosse. Ou ainda poder ser a criminalização por jurisprudência utilizada por grupos sociais outros para atender aos seus clamores por tutela penal – expandindo de forma desmedida, inconsequente e impensada o direito penal e aumentando a onda punitivista.

Karam (2015, p. 01) bem coloca que alguns setores da esquerda se enganam ao trilhar um caminho que corresponde aos utilizados pela classe dominante para excluir indivíduos perigosos e vistos como um mal a ser eliminado. Ela diz, ainda, que “este caminho transformador não pode ser trilhado com a reprodução dos mecanismos excludentes característicos das sociedades que se quer transformar”, haja vista que o sistema penal, como vimos nos capítulos anteriores, é uma forma característica do capitalismo. É questionar: como transformar uma sociedade se utilizando dos mesmos mecanismos reprodutores de violências e desigualdades que tanto se tenta combater? Ela ainda continua dizendo que “não há como

⁶²Como dito no primeiro capítulo, trata-se de “um discurso e, ao mesmo tempo, uma prática punitiva (um método, um procedimento ou um movimento de política criminal), paralelo (com características próprias) e, ao mesmo tempo, complementar de tantos outros discursos punitivistas (movimento da lei e ordem, tolerância zero, direito penal do inimigo etc.)” (GOMES, 2013).

alcançar sociedades mais generosas e solidárias, utilizando-se dos mesmos métodos que se quer superar”, de modo que a imposição da pena

vale repetir, não passa de pura manifestação de poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada sociedade. Para isso, não é necessário nem funcional acabar com a criminalidade de qualquer natureza e, muito menos, fazer recair a punição sobre todos os autores de crimes, sendo, ao contrário, imperativa a individualização de apenas alguns deles, para que, exemplarmente identificados como criminosos, emprestem sua imagem à personalização da figura do mau, do inimigo, do perigoso, assim possibilitando a simultânea e conveniente ocultação dos perigos e dos males que sustentam a estrutura de dominação e poder (KARAM, 2015, p. 01).

Há que se salientar que é questionável que no país com a terceira maior população carcerária do mundo ainda se insista na utilização do direito penal para diminuir a criminalidade – que não tendeu a baixar com o uso desse mecanismo. Como já debatido no decorrer do presente trabalho⁶³, a reincidência de 70% do público encarcerado surge como fator importante a ser levado em consideração quando se pensar na via penal para combater a criminalidade. Além disso, entre os anos de 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou 157%⁶⁴. Ao invés de se lutar contra esse cenário, o que se observa é, erroneamente, a luta a favor dessa expansão – inclusive a inconsequente expansão dos seus efeitos colaterais.

Não é novidade que o recrudescimento da pena não importa na redução da criminalidade. Na pior das hipóteses, superlota as já superlotadas prisões. Mais uma vez recorremos à Lei de Crimes Hediondos (em razão de ser emblemático exemplo de política criminal) para ilustrarmos falhas e compararmos problemas inerentes ao endurecimento das penas. Como dito no capítulo primeiro⁶⁵, a Lei dos Crimes Hediondos prevê que estes crimes são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, e a progressão de regime é mais dificultosa. A partir dela, notou-se que essa legislação partiu de apelos imediatistas e apontou a ausência de um estudo sério acerca da sua necessidade ou adequação; além disso, não se pôde relacionar de forma positiva a edição da lei ao comportamento subsequente dos índices criminais; não se verificou, na maioria dos crimes, redução nos índices após a edição da lei, o que, por si, já indicaria sua inocuidade; entrevistados, os presos aduzem que a Lei não inibe a prática de crimes; constatou ainda que caso o criminoso tenha consciência do processo de endurecimento penal, isto não foi fator eficaz na inibição da prática criminosa.

63 Dados retirados do relatório do IPEA – Instituto Brasileiro de Pesquisa Econômica Aplicada

64 Dados do INFOPEN

65 Retirado de relatório do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD/Brasil), para analisar os resultados produzidos pela Lei de Crimes Hediondos.

Ironicamente, a severidade da legislação penal encontra sustento nos crimes da Lei do Racismo. De acordo com o Inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a prática dos crimes de racismo é imprescritível e inafiançável. Significa dizer que a pretensão punitiva do Estado não se torna prejudicada em razão do decorrer do tempo, de modo que o processado/condenado pode ser punido ou executar sua pena a qualquer tempo, mesmo dezenas de anos depois de sua prática. Nisso reside o incômodo das evidências da ineficácia (ou eficácia invertida) do programa ressocializador do Estado. Sequer há que se falar em programa ressocializador quando a pena é sinônimo de castigo, tanto psicológico quanto físico, de modo que a ressocialização não é uma preocupação do Estado.

Ainda com base na aplicação da Lei 7.716 aos crimes de ódio decorrentes do preconceito de gênero e/ou sexualidade, o acusado também não poderia recorrer ao pagamento da fiança para ser posto em liberdade – tendo em vista a inafiançabilidade – o que dificulta muito outra medida que não a prisão. Então, caso preso provisoriamente, o acusado não terá o direito ao pagamento da fiança para se ver livre daquela prisão. Isso se torna caótico quando estamos num contexto prisional⁶⁶ no qual cerca de 35,9% dos presos são provisórios, somando um universo de 726 mil pessoas privadas de liberdade. Em alguns anos podem ser milhões de pessoas privadas de liberdade num sistema que não tem legitimidade para cumprir com seu propósito, a não ser com uma eficácia às avessas (ANDRADE, 2012). Um sistema maniqueísta que, como diz Andrade, sustenta a ilusória ideia de que “nós” podemos nos salvar ao passo que os outros perigosos (no nosso caso, homofóbicos) puderem ser neutralizados.

Apesar de ser um tipo de crime que não parece que vai ser responsável pelo superencarceramento (como é o caso do tráfico de drogas e os crimes contra o patrimônio), é inegável que há uma legitimação desse sistema. Isso porque a criminalização da LGBTfobia está inserida num contexto social essencialmente punitivista; é um contexto no qual o sistema penal apresenta sintomas e evidências de sua deslegitimidade para tratar das situações-problema. Assumir o sistema penal como instrumento de solução desse tipo de conflito é perigoso na medida que sua legitimação fomenta

a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e o senso comum ou opinião pública; perpetua o ilusionismo, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções. Resulta daí uma eficácia simbólica, sustentadora da eficácia instrumental invertida (ANDRADE, 2012, p. 136).

66 Dados de 2017 publicados pelo relatório de 2019 do INFOPEN

Ainda na análise da utilização da Lei 7.716, algumas penas previstas nos crimes de racismo são altas e podem variar entre 1 a 5 anos de reclusão, o que impede benefícios processuais e de execução da pena previstos na legislação penal. Neste sentido, observa-se nessa Lei 7.716 crimes com penas que variam de 2 a 5 anos⁶⁷, o que impossibilita, até mesmo, propostas reformatórias e alternativas do sistema penal, como é o caso da inviabilidade do benefício do SURSIS processual⁶⁸. Em razão do tempo da pena de reclusão cominada a estes crimes, também é bom lembrar que o benefício do SURSIS da pena também é inviável, de modo que, caso condenado, o indivíduo pode não ter sequer direito às medidas alternativas à prisão, desde que presentes alguns requisitos⁶⁹.

O que chamamos atenção é para o fato de a lei 7.716 ser uma legislação penal severa, e que por vezes impede a concessão de benefícios processuais. As penas privativas de liberdade nessa lei previstas inserem-se num contexto prisional onde “os princípios garantidores não são cumpridos em relação aos criminalizados” (ANDRADE, 2012), tendo em vista as corriqueiras violações de direitos humanos tanto dos aprisionados quanto dos seus familiares. Ressalte-se que isso não se dá “pela inexistência de infraestrutura ou por qualquer disfunção, mas, ao contrário, pela existência de uma lógica estrutural: a inconstitucionalidade é aberta” (ANDRADE, 2012, p. 309). É inerente à lógica do sistema penal sua “eficácia invertida”.

Como bem trabalhado, a severidade da lei penal não necessariamente importa na diminuição da criminalidade, da mesma forma que a severidade da lei do racismo não combateu suas raízes nem diminuiu os extensos exemplos desse mal estruturante da sociedade. O racismo permanece firme e forte, cultural e socialmente - e não poderia ser diferente no âmbito do sistema prisional.

Vastos são os trabalhos e evidências dos efeitos colaterais (e principais) na vida-dor dos aprisionados e familiares. As informações neste trabalho colocadas apresentam, apesar de

67 Art. 4º e 3º da Lei 7.716

68 Trata-se do art. 89 da Lei 9.099, Lei que reformou o direito penal processual e material, instituindo penas alternativas ou medidas cautelares diversas da prisão. Nos crimes cuja pena mínima é igual ou inferior a um ano, é possível que o Ministério Público faça a proposta da Suspensão Condicional do Processo, desde que satisfeitos os requisitos de não estar sendo processado nem ter sido condenado por outro crime, além de preencher os requisitos da suspensão condicional da pena. O acusado, aceitando, tem seu processo suspenso por alguns anos em troca do cumprimento de algumas medidas cautelares, como o comparecimento mensal a juízo e a proibição de se ausentar da comarca.

69 O SURSIS da pena está presente nos arts. 77 e 78 do Código Penal. Nas penas privativas de liberdade não superior a 2 anos (o que não é o caso da lei 7.716) prevê a suspensão da execução da pena por 2 a 4 anos, satisfeitos os requisitos da primariedade em crimes dolosos, a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e desde que os motivos e circunstâncias permitam. A Lei de racismo impede tanto o benefício do caput do art. 77 quanto do seu parágrafo 2º (SURSIS humanitário), que permite a suspensão da pena de 4 a 6 anos desde que o crime não tenha pena privativa de liberdade superior a quatro anos e que o acusado seja maior de 70 anos ou as razões de saúde possibilitem a suspensão.

forma rasa, as dores corporais e na alma dos envolvidos que colocam o sistema prisional no centro da sua deslegitimidade - como diz Andrade (2013). E isso dispensa maior aprofundamento neste ponto, sobretudo por conta das limitações deste modelo de trabalho científico.

Na visão de Carvalho (2014, p. 271), a opção do movimento LGBT em eleger a utilização da Lei 7.716 como via para o combate à LGBTfobia parece ser inadequada. Isso por diversas razões, dentre elas destacamos duas. Em primeiro lugar, ela parece inadequada por diluir a “ideia de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas questões de raça, cor, religião, etnia e procedência nacional”, levando em consideração que, segundo ele, cada um desses tipos de violência “guardam uma complexidade própria que merece ser analisada individualmente”, conquanto ele reconheça que a homofobia pode ser enquadrada nos crimes de ódio e se aproxime de alguma forma do racismo, etc.

Sua segunda crítica, ao nosso ver muito importante aqui, se aproxima do viés abolicionista discutido nesse trabalho, no sentido de substituir a justiça criminal por outras instâncias de solução de conflitos, tendo em vista que os tipos elencados na Lei 7.716 “referem, em sua maioria, obstaculizações ou impedimentos de acesso a oportunidades, bens, serviços ou locais, situações que, desde uma perspectiva garantista/minimalista, poderiam ser geridas de forma mais adequada fora do âmbito do direito penal, como, por exemplo, nas esferas civil, trabalhista, consumerista ou administrativa” (2014, p. 271).

Em que pese as críticas direcionadas à via eleita pela grande parte do movimento LGBT como forma de combate às referidas violências, é

demasiado romântico e idealista exigir que o movimento LGBTs negasse a via criminalizadora, mormente quando movimentos sociais análogos já trilharam este caminho. Contudo, sigo pensando que, por mais legítima que possa ser a demanda de criminalização, no mínimo há um equívoco na estratégia político-criminal eleita (CARVALHO, 2014, p. 272).

Nesse sentido, o equívoco da estratégia “penal” também foi muito bem apontada por Karam (2015) quando disse que algumas esquerdas usam de uma falsa e fácil solução penal, de modo que não enxergam a contradição que existe na pretensão em usar de um mecanismo provocador de um problema como solução de outro problema. Em outras palavras, por que “solucionar” a violência da LGBTfobia produzindo (ou intensificando) outras violências? E continua dizendo que “quando se aceita a lógica da reação punitiva, está se aceitando a lógica

da violência, da submissão e da exclusão” – aceita-se uma típica ideologia da classe dominante (KARAM, 2015, p. 01).

A LGBTfobia imersa nas formas de pensar, na cultura, na igreja, no bullying das escolas e em outras esferas da sociedade dificilmente será alcançada pela sua criminalização. A utilização do direito penal simbólico reflete no aval conferido pelos que clamam a criminalização daquela inconstitucionalidade aberta presente no sistema prisional da qual Andrade fala – como mencionado anteriormente. Ainda nessa perspectiva pensa Lemos (2017), ao dizer que

olhar as mortes pelas lentes do sistema penal traz uma absoluta desesperança em vencer o fenômeno plural e complexo da trans-homofobia, profundamente enraizado no tecido social. Se afastado, porém, o específico olhar do sistema punitivo, produtor de visões estereotipadas sobre agressores e vítimas e visões imobilizadas sobre criminalidade, talvez nasça uma esperança num enfrentamento eficaz dessa violência. Contar as mortes pela narrativa do sistema penal não é capaz de impulsionar qualquer transformação desestabilizadora do árido e brutal terreno da trans-homofobia produtora de corpos abjetos e vidas precárias. Mas ao mobilizarmos outras narrativas, abrimos caminho para uma desestabilização deste terreno e uma transformação social libertária, preocupada com a diminuição do sofrimento e da dor, especialmente das pessoas LGBT, mas também de todos/as aqueles/as que têm imposta contra si a violência do controle penal (2017, p. 250).

Um dado trazido por Matheus Gonçalves (2016) é que é possível analisar a criminalização da LGBTfobia a partir da Lei Maria da Penha. Isso porque, assim como na violência doméstica contra a mulher, a LGBTfobia em grande parte dos casos, parte do próprio seio familiar. Lima Filho (2016) e Lemos (2017) apontam que a vulnerabilidade das transsexuais e travestis tem origem no fato de que a maior parte delas foram expulsas de casa pelos pais. Quando não, saem por ‘vontade própria’ por não suportar as violências psicológicas e morais que sofrem naquele âmbito. Nesse sentido,

Levando em consideração que grande parte dos casos de violência LGBTfóbica é praticada por conhecidos das vítimas, tem-se que é muito provável que tais situações se repitam caso seja vedada a aplicação de sanções alternativas nos casos de LGBTfobia, tal qual ocorre com a violência contra a mulher pós-Lei Maria da Penha (GONÇALVES, 2016, pag. 47-48)

Ou seja, as vítimas de LGBTfobia dentro do seio familiar, assim como ocorre na violência doméstica, “muitas optam por não denunciar seus familiares, o que acaba por contribuir para a perpetuação deste tipo de violência” (GONÇALVES, 2016). Com isso, por não haver outras formas de solução daquele conflito, nem haver uma política efetiva de combate a esse mal, é o sistema penal que se apresenta como única solução. No entanto, diz

Gonçalves que em razão de seu intrínseco viés autoritário, possui mais capacidade de potencializar um conflito do que de fato solucioná-lo” (p. 48).

Andrade (1996, p. 47) compartilha do mesmo ponto de vista, no sentido de que o sistema penal é incapaz de gerir conflitos, não prevenir novas condutas, além de não se preocupar em ouvir “os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual (...) e, muito menos, para a transformação das relações de gênero”. Tal afirmação corresponde ao chamado por ela de incapacidade preventiva e resolutória do sistema penal.

Essa insuficiência ou incapacidade do sistema penal em prevenir ou resolver conflitos estagna o mecanismo da criminalização da LGBTfobia, num campo onde, ao menos nesse caso, a mediação de conflitos familiares pareceria como melhor alternativa resolutória. Parece-nos, assim como para Andrade (1996) que não é convertendo um problema privado em um problema criminal e, logo, penal, que se melhor lida com aquele conflito. A professora reafirma que é problemático assumir esse caminho, tendo em vista que ele corresponde a uma duplicação de conflitos. É submeter essa face da LGBTfobia “a um processo que desencadeia mais problemas e conflitos do que aqueles a que se propõe resolver, porque o sistema penal também transforma os problemas com que se defronta, no seu específico microcosmos de violência e poder” (ANDRADE, 1996, p. 47). Apesar de sofrerem com aquela situação LGBTfóbica - semelhante à violência doméstica -, a vítima de LGBTfobia no âmbito familiar tenderá a não recorrer ao sistema penal para solucionar aquele conflito. Apontamos que

o sistema penal, nesse sentido, ao ignorar os componentes afetivos e emocionais das vítimas e apresentar como único caminho a persecução penal com vistas à condenação à pena de prisão, contribui para a manutenção de um status quo que violenta e mata mulheres todos os dias, sobretudo porque, como salienta Montenegro, “a procura pela polícia, na maioria dos casos narrados, revela a total falta de alternativas para a resolução do conflito (GONÇALVES, 2016, p. 48).

Como trabalhado no capítulo anterior, a partir das contribuições dos teóricos abolicionistas, a LGBTfobia deve ser observada em suas singularidades e especificidades. Cada caso é um caso. O sistema penal não apreciará a *cifra oculta* - eventos LGBTfóbicos criminalizáveis que não chegam ao conhecimento da justiça criminal, que não chegam à criminalização efetiva do agressor. Tanto é que, como dito anteriormente, de vinte casos de assassinatos de cunho homofóbico analisados por Lemos (2017) na cidade de Recife, apenas três tiveram sentença condenatória. E os outros? E os que sequer chegaram aos olhos públicos? E os que ocorrem dentro do seio familiar? E os bullings nas escolas? Diante disso,

notamos que a duplicação de conflitos e violências proporcionados pelo sistema penal não faz deste uma alternativa viável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente trabalho, é primordial esclarecer que é preocupante o contexto violento no qual a pessoa LGBT está inserida. Nota-se descaso do poder público na elaboração de políticas para retirada desse coletivo da vulnerabilidade, que significa um terreno fértil para as situações de violência do público – que vão desde violências verbais e morais às físicas e contra a vida.

Por outro lado, como vimos, é notável que não há evidências de que o caminho do sistema penal, adotado por considerável parte do movimento LGBT como via de combate, irá surtir os efeitos desejados, qual seja de diminuição da violência estrutural causadora das mortes e violências outras sofridas pelo mencionado público. Pelo contrário, o que parece ser uma solução, na verdade causará ainda mais problemas, tendo em vista que a preocupação do sistema penal não é com a vítima, mas com o agressor e sua punição. Ao tentar combater a LGBTfobia pelas vias estatais, o movimento legitima um estado de inconstitucionalidade aberta, como diz Andrade (2014). Legitima, outrossim, o castigo corporal e da alma de um público que é, em sua esmagadora maioria, negro, pobre e periférico.

Outra consequência não teremos, senão o aumento da população carcerária, a democratização do castigo, o aperfeiçoamento da técnica punitiva, expandindo sua gama de atuação. Isso num cenário onde, segundo Andrade (2014), qualquer pessoa salva desse sistema é uma vitória. A ressocialização surge como uma nova técnica de castigo travestido de humanização da pena, pregando a reeducação, ocultando por meio da ideologia do sistema penal a pura punição tanto corporal quanto da alma.

O cerne do problema repousa nisso: na certeza da utilização do direito penal como instrumento de controle da LGBTfobia. Repousa nas voltas dadas sempre nos entornos do direito penal, sem que se pense numa saída viável e antagônica ao sistema vigente, e que atue, sobretudo, de forma preventiva. Permanece a insistência nas reformas do sistema e em penas alternativas, quando, mesmo reformando, como já observado na história do direito punitivo, o propósito será sempre o mesmo: a criminalização da população negra e pobre e o puro castigo. É problemático pensar no direito penal quando a análise que temos do sistema penal é a não diminuição da criminalidade, mas do aumento da clientela desse sistema. Numa estimativa de que teremos 1,5 milhões de pessoas presas em 2025, tudo o que o Estado pensa – bem como seu público – é no aumento do número das prisões, no aumento das penas e no aumento do direito penal. O que constatamos é uma política do encarceramento e da punição.

E a vítima? E a prevenção? Até quando a punição será usada como solução? São evidências como essas que notamos que essa lógica punitiva do direito penal não tem evitado o aumento da criminalidade, não tem intimidado a prática dos crimes, tampouco auxiliado a vítima na sua reparação.

Com fulcro no que ressaltou Hulsman (1997), o abolicionismo penal, além de assumir uma postura de movimento social, também deve assumir uma acadêmica - nas universidades e sua produção científica. Nesse sentido, de acordo com Andrade (1996, p. 45), “ao que tudo indica, há no Brasil um profundo déficit de recepção da Criminologia crítica”. No nosso caso, a carência é percebida na recepção/produção científica de uma criminologia crítica com enfoque no LGBT. Comungando com Andrade, pensamos que o déficit dessa base teórica repercute nas alternativas pensadas pelos componentes da sigla e pelos simpatizantes da causa; repercute também nas políticas direcionadas a este público, de modo que tudo desemboca na equivocada política criminal punitiva e no sustento e legitimação do discurso oficial do direito penal – que, como vimos, é no mínimo problemático. Esse déficit reflete, em primeiro lugar, na ausência de políticas alternativas que atendam às demandas reais desse público de forma preventiva e global, de modo que fuja do falso discurso do direito penal; reflete, ainda, na pouca reflexão sobre os contextos situacionais de LGBTfobia (singulares e específicos, com suas correspondentes formas casuísticas de soluções). A criminalização se mostra como uma solução imediatista e punitivista, enraizando o discurso dominante do direito penal como solucionador dos problemas e do agressor “patológico” sem que se pense de fato em quem realmente importa, a vítima.

Percebemos que no caso dos crimes LGBTfóbicos, a justiça criminal não tem nada a contribuir com a vulnerabilidade vivida pelo público LGBT. Não é, assim, que se traz justiça para alguém que sofreu agressão à sua honra ou moral – só por ser gay, lésbica, travesti ou transsexual. Não é punindo o agressor que a vítima tem sua integridade moral ou psíquica restaurada – a não ser o efêmero sentimento de satisfação de que a punição causa. A punição do agressor, dentro do contexto prisional em que vivemos, não se mostra como justiça para a vítima. Da mesma forma, não é punindo o agressor que a integridade física da vítima será restaurada. Partindo do pressuposto de que o sistema penal não traz solução para o evento problemático, pensamos que a reparação – como proposta por Hulsman (1997) - é muito mais produtora para a vítima. Nos casos que envolvem morte, ainda nessa perspectiva, podemos pensar num fundo único de apoio a pessoas LGBT em situação de vulnerabilidade ou que foram vítimas de agressão, pois é dessa forma que o público vai ter o mínimo de dignidade e de justiça.

Outrossim, apontamos que a LGBTfobia não é e não pode ser objeto do sistema penal; não será com este que aquela vai cessar. O sistema penal, assim como a LGBTfobia, são dois males a serem combatidos, e não somados numa duplicação de violências. Não são 25 anos de prisão que a trarão de volta ou repararão uma vida LGBT perdida. Não são 20 ou 30 anos que repararão essa dor compartilhada do público LGBT. Não são 50 anos de prisão do agressor que vai fazer a sede da LGBTfobia ser desestruturada ou desintegrada. O sentimento de vingança, de certo modo irracional (por mais humano que seja), surte um efeito imediato e superficial, que não acaba com o núcleo do problema.

Para ilustrar as possibilidades diversas da prisão e a receptibilidade das vítimas de violência doméstica, por exemplo, percebo que muitas mulheres vítimas quando chegam à audiência, é normal que elas queiram desistir do processo criminal contra o agressor (geralmente seu companheiro) em virtude do perdão. Por que não, então, abrir a via para uma conciliação? É dito que o fim da justiça criminal nos casos de violência doméstica acarretaria a continuação do ciclo de violência. Pensamos que não. O maior medo destas mulheres é de que o companheiro vá preso, além de outras consequências que a condenação acarretam, como o estigma e o preconceito.

Mas o maior medo em continuar com o processo é o medo da prisão. Agora, se a justiça interagisse de outro modo com aqueles envolvidos na situação-problema, sem seguir o roteiro processual penal com a ulterior condenação, se o caminho fosse pela via conciliatória, com outras soluções acordadas entre os envolvidos, outras medidas educativas, preventivas, de conscientização, como rodas de diálogo, de reparação ou compensação cível, acreditamos que seria muito mais fácil pra elas continuarem com o “processo” nestes termos. Independentemente de sanção punitiva, caso houvesse chance para uma conciliação alternativa, com resultado satisfatório para a vítima e de modo construtivo para o “violador”, sem que seja sustentado o sistema penal ineficiente e contraproducente que é, seria muito mais produtivo e benéfico aos envolvidos e à sociedade.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Abolicionismo penal e justiça restaurativa: do idealismo ao realismo político criminal**. Revista Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 15, n. 1, p. 33-69, jan./jun. 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Criminologia Feminista: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania**. Seminário Internacional Criminologia e Feminismo, outubro de 1996, Porto Alegre – RS, pp. 42-49.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Política Criminal entre Abolicionistas, Minimalistas e Eficientismo: A crise do Sistema Penal Entre a Deslegitimação e Expansão**. IN: Pelas Mãos da Criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão. Instituto Carioca de Criminologia, Florianópolis, 2012, pp. 253-270.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas Mãos da Criminologia: O Controle Penal Para Além da (dês)ilusão**. Ed. Revan, 2013.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

AZEVEDO, R. G. ; BELUSSO JUNIOR, O. A. ; DUTRA, L. C. M. . **O Abolicionismo Penal na América Latina**. In: Seminário Discente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFRGS, 2016, Porto Alegre. V Seminário Discente PPGS-UFRGS 2016 : a sociologia diante de novos fluxos e velhos muros : anais, 2016. v. 5. p. 1064-1079.

BALZER, Carsten. LAGATA, Maria. BERREDO, Lukas. **TMM Annual Report 2016**. Transgender Europe, TVT publication series, vol. 14, 2016. Disponível em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>. Acesso em: 19/04/2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan LTDA, Ed. Nº 6 de 2011.

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado**. Alemanha, 1990. Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Ressocializacao%20ou%20controle%20social.pdf>. Acesso em: 24/05/2019.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ Registra Pelo Menos 812 Mil Presos no País; 41,5% Não Têm Condenação.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 15/08/2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** Ed. Ridendo Castigat Mores, 2001.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010. 141 p.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 07/06/2019.

CARVALHO, Salo de. **Sobre a Criminalização da LGBTfobia: perspectivas desde a criminologia queer.** IN: O Direito da Sociedade: anuário, vol. 1. ORG.: Fernanda Luiz Fontoura de Medeiros e Germano André Doederlein Schwartz – Canoas, RS. Ed: Unilasalle, 2014, pp. 257/282.

CHRISTIE, Nils. **Uma Razoável Quantidade de Crime.** Ed. Revan, Rio de Janeiro, 2011.

Conversações Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitivista. Org.: Edson Passetti, Roberto Baptista Dias da Silva. Câmara Brasileira do Livro, SP, 1997.

COSTA, A. M. **Regime Disciplinado Diferenciado: aspectos históricos e críticos.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8147/Regime-disciplinar-diferenciado-aspectos-historicos-e-criticos>. Acesso em: 14/06/2019.

CUÉLLAR, A. F. **Más Allá Del Sistema Pena: rescatando propuestas anarquistas de La España entre siglos (XIX-XX).** IN: Abolicionismo Penal en America Latina. Editora: Editores Del puerto, 2012. Pags. 195-208.

Dossiê: Assassinatos e Violência Contra Travestis e Transexuais no Brasil em 2018. Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (Antra) Instituto Brasileiro Trans de Educação (Ibte). Org: Bruna G. Benevides Sayonara Naider Bonfim Nogueira. 2019. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2019/01/dossie-dos-assassinatos-e-violencia-contra-pessoas-trans-em-2018.pdf>. Acesso em: 12/07/2019.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico.** São Paulo. Ed. Martins Fontes, 2007.

ESTADÃO. **87% é a favor da redução da maioria penal no Brasil, diz Datafolha.** São Paulo, 2015. em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/06/22/87-e-a-favor-da-reducao-da-maioridade-penal-no-brasil-diz-datafolha.htm>. Acesso em: 04/07/2019.

FELETTI, Vanessa. **Vende-se segurança: a relação entre o controle penal da força de trabalho e a transformação do direito social à segurança em mercadoria.** Rio de Janeiro: Revan, 2014.

FERNANDES, Daniel Fonseca. **O Grande Encarceramento Brasileiro: Política Criminal e Prisão no Século XXI.** Revista do CEPEJ, Rio de Janeiro, 2015, edição nº 18. Pags. 101-153.

FOUCAULT, Michel. **Os intelectuais e o poder: conversa de Michel Foucault e Gilles Deleuze.** In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 6. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões.** Ed. Vozes, Petrópolis, RJ, 2010.

GARCIA, Naiara Diniz. **A Mídia Versus o Poder Judiciário: A Influência da Mídia no Processo Penal Brasileiro e a Decisão do Juiz.** 2015. Dissertação (mestrado em direito). Faculdade de Direito do Sul de Minas, Porto Alegre, Minas Gerais.

GAZOTO, Luiz Wanderley. **Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao Rigor Penal Legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo.** 2010. Tese (doutorado em sociologia). Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Razões (?) do Populismo Punitivo.** Revista Jurídica, Porto Alegre 59 (402), 67-83, 2011. Disponível em: http://www.academia.edu/download/40763047/RAZAES_DO_POPULISMO_PUNITIVO.docx. acesso em: 26/05/2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Populismo Penal.** Conteudo Juridico, Brasília-DF: 05 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42761&seo=1>>. Acesso em: 28 maio 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Populismo Penal.** Conteudo Juridico, Brasília-DF: 05 abr. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/34486/populismo-penal>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

GONÇALVES, Matheus Rodrigues. **Lugar de LGBTfóbico é na cadeia? Uma análise crítica das tentativas de criminalização da homolesebobitransfobia**. Monografia (graduação em direito). Centro de Ciências Jurídicas e Políticas - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Grupo Gay da Bahia. **Relatório de Crimes Contra LGBTs no Brasil em 2018**. Grupo Gay da Bahia, 2018. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>. Acesso em: 19/04/2019.

GUIMARÃES, Allison Gomes. **O Direito Penal de Emergência e Suas Implicações Nas Políticas Criminais Contemporâneas Do Brasil**. VI Jornada Internacional de Políticas Públicas, São Luís – Maranhão, agosto de 2013.

GUINDANI, M. 2006. Sistemas de política criminal no Brasil : retórica garantista, intervenções simbólicas e controle social punitivo. *Cadernos CEDES*, Rio de Janeiro, n. 2. Disponível em : <http://cedes.iuperj.br/PDF/cadernos/sistemas%20politica%20criminal.pdf>. Acesso em : 21.jan.2009.

HULSMAN, L. DE CELIS, J. B. **A Aposta Por Uma Teoria Abolicionista do Sistema Penal**. Revista Semestral Autogestionária do Nu-Sul, edição nº 8, 2005. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/verve/article/view/5088/3616>. Acesso em: 11/06/2019.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. LUAM EDITORA LTDA., 1993, 1ª edição.

INFOPEN: **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Org: Thandara Santos; colaboração de Marlene Inês da Rosa. Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 12/04/2019.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **A Ressocialização Através do Estudo e do Trabalho no Sistema Penitenciário Brasileiro**. 2009. Tese (doutorado em Ciências Sociais). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

KARAM, M. L. **Pela Abolição do Sistema Penal**. IN: Curso Livre de Abolicionismo Penal. Ed Revan, 2004, pp. 69-107

KARAM, Maria Lúcia. **A Esquerda Punitiva**, 2015. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2015/07/28/a-esquerda-punitiva/>

KARAM, Maria Lúcia. **A Esquerda Punitiva**. 2015. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2015/07/28/a-esquerda-punitiva/>.

LEMOS, Diego José Sousa Lemos. **Contando as mortes da violência trans-homofóbica: uma pesquisa sociojurídica dos processos criminais na cidade do Recife e uma análise criminológico-queer da violência letal**. 2017. 301f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

LIMA FILHO, Roberto Efrem. **MATA-MATA: reciprocidades constitutivas entre classe, gênero, sexualidade e território**. Tese (doutorado). Universidade Estadual e Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2017.

LIMA FILHO, Roberto Efrem. **Corpos brutalizados: conflitos e materializações nas mortes de LGBT**. *Cad. Pagu* [online]. 2016, n.46, pp.311-340. ISSN 0104-8333. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332016000100311&lng=en&nrm=iso&tlng=pt.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Ícone Editora, 2007.

MASTRODI, J; FURQUIM, G. M. **Pachuckanis e o Abolicionismo Penal de Hulsman e Christie**. *Revista Direito e Praxis*, vol. 5, n. 9, 2014, pp. 150-175.

MATHIESEN, T; HJEMDAL, O. K. **A New Look at Victim and Offender: An abolitionist approach**. IN: *Justice, Power and Resistance* Foundation Volume, September 2016. pp. 137-15. Disponível em: <http://www.eexpress.org/papers/new-look-victim-and-offender-abolitionist-approach>. Acesso em: 10/06/2019.

MELIA, M. C.; JAKOBS, G. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, ed. 2005.

NOGUEIRA, B. G. SAYONARA, N. B. **DOSSIÊ: Assassinatos e Violências Contra Travestis e Transsexuais no Brasil em 2018**. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS DO BRASIL (ANTRA) INSTITUTO BRASILEIRO TRANS DE EDUCAÇÃO (IBTE). Brasil, 2019.

PASSETI, Edson. **O abolicionismo penal é viável, possível e urgente. Entrevista especial com Edson Passetti**. Instituto Humanitas Unisinos, 2016. Disponível em:

<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/550857-qo-abolicionismo-penal-e-viavel-possivel-e-urgenteq-entrevista-especial-com-edson-passeti>. Acesso em: 01/07/2019.

PESSOA, Sara. LEAL, Jackson. **O Expurgo: o Populismo Punitivo e a Gestão do Excesso**. **Revista Direito em Debate**. Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUI, ano XXVI, nº 48, 2017, p. 185-210.

QUINALHA, Renan. **Por que precisamos criminalizar a homofobia no Brasil?**. Revista Cult UOL. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/lgbtfobia-criminalizacao/>. Acesso em 11/04/2019.

RODRIGUES DA SILVA, Douglas. **O perigo da criminalização por jurisprudência: o caso da homofobia**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/criminalizacao-por-jurisprudencia-homofobia/>

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general, tomo I, Fundamentos, La estructura de La teoria Del delito**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madri: Civitas, 1997.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Editora Revan, 2004, 2º edição.

SANTOS, José Vicente Tavares. **Microfísica da violência, uma questão social mundial**. **Cienc. Cult. vol.54 no.1 São Paulo June/Sept. 2002**. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252002000100017.

SILVA, Douglas Rodrigues da. **O perigo da criminalização por jurisprudência: o caso da homofobia**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/criminalizacao-por-jurisprudencia-homofobia/>. Acesso em: 15/07/2019.

SILVA, Luciano Nascimento. **Manifesto abolicionista penal. Ensaio acerca da perda de legitimidade do sistema de Justiça Criminal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518 4862, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3556>>. Acesso em: 1 jul. 2019.

SILVA, R. E.; MAGALHÃES, C. A. T. **Famílias Sentenciadas: um estudo sobre o impacto da pena sobre as famílias dos presos**. Iniciação Científica Newton Paiva, 2007, Belo Horizonte – MG. Pags. 90-101. Disponível em:

http://newton.newtonpaiva.br/NP_conteudo/file/Artigos_INC/REVISTA_INC-2006-2007.pdf#page=90. Acesso em: 05/06/2019.

SOHSTEN, Natália França Von. Populismo penal no Brasil: o verdadeiro inimigo social que atua diretamente sobre o direito penal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13214&revista_caderno=3>. Acesso em abr 2019.

STJ. STJ Reconhece Excesso De Prazo E Liberta Preso Que Estava Em Preventiva Desde Abril De 2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-reconhece-excesso-de-prazo-e-liberta-presos-que-estavam-em-preventiva-desde-abril-de-2015. Acesso em: 19/04/2019.

Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 de 13/06/2019.

VELOSO, Antonio Rodolfo Franco Mota. **É um Equívoco Afirmar que o Supremo Pode Criminalizar a Homofobia.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-28/rodolfo-franco-/supremo-nao-criminalizar-homofobia>. Acesso em: 15/07/2019.

WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria.** Coletivo Sabotagem. 2004.

ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Piza. **Garantismo e Eficientismo Penal: dissenso e convergência na política de segurança urbana.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b23975176653284f>. Acesso em: 25/05/2019.